

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة محمد بوضياف المسيلة
كلية: الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

الرقم التسلسلي: /...../.....

1- رقم التسجيل: M20075097542

2- رقم التسجيل: M2000384687

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر: تخصص: قانون أعمال

بعنوان:

المفاوضات في عقود التجارة الدولية

إعداد الطالبتين:

- نائلة أوصيف

- سهام شناح

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة الأساتذة:

د/ نور الدين بن حميدوش جامعة المسيلة رئيسا

د/ ياسين مقدم جامعة المسيلة مشرفا ومقررا

أ/ يرمش مراد جامعة المسيلة ممتحنا

السنة الجامعية : 1441-1442هـ - 2019 - 2020 م

استمارة معلومات



المعلومات الشخصية:

الاسم: ناثلة اللقب: أوحيف
اسم الأب: الشريف اسم ولقب الأم: واعرفطوم
تاريخ الازدياد: 25/12/1989 مكان الازدياد: الجسرية
رقم الهاتف: 0674 09 53 45
البريد الالكتروني: naitha.oucif@gmail.com
العنوان الشخصي: حي العنينة، بلدية الشلال
الباكالوريا:

المعدل: 10,96 الشعبة: الادب والعلم الاسلامي الحصول على شهادة البكالوريا جوان 2007
الليسانس:

تخصص الليسانس: علوم القانون والادارة الدرجة/سنة التخرج: 2011
الماستر:

تخصص الماستر: تأثير أعمال الدرجة/سنة التخرج: 2012
المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام):

الوضعية المهنية: موظف عاطل عن العمل:

في حالة موظف: وظيف عمومي قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة: مديرية بلدية الشلال اسم المؤسسة / الشركة:

الرتبة في العمل: حفتش وتيسر العنينة والتأهيلات

الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

إمضاء الطالب(ة)



استمارة معلومات

المعلومات الشخصية:

الاسم:
اللقب:
اسم الأب:
اسم ولقب الأم:
تاريخ الازدياد:
مكان الازدياد:
رقم الهاتف:
البريد الالكتروني:
العنوان الشخصي:
الباكالوريا:

المعدل:
الشعبة/التخصص:
الليسانس:

تخصص الليسانس:
الدفعة/سنة التخرج:
الماستر:

تخصص الماستر:
الدفعة/سنة التخرج:
المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام):

الوضعية المهنية: موظف: عاطل عن العمل:
في حالة موظف: موظف عمومي: قطاع خاص:

المصلحة المستخدمة:
الرتبة في العمل:
الصيغة:

موظف دائم: موظف في إطار عقود: نوع العقد:

إمضاء الطالب(ة)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيدة) شمال سحمان

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 105238090

الصادرة بتاريخ 2017/06/27 عن دائرة/ بلدية رأس الوادك - برج بوعروريج

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

المفاهيمات في عقود التجارة الدولية

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ

إمضاء المعنى

shemal

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرفان

ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من لم يشكر الناس لم يشكر الله ".
لله الفضل من قبل ومنه بعد، فالحمد لله الذي منحنا القدرة على إنجاز هذا العمل
المتواضع، وبعد:

نتوجه بجزيل الشكر وفائق التقدير والاحترام وأسمى معاني العرفان إلى
الأستاذ
الفاضل " مقدم ياسين " على مساعدته لنا في إنجاز هذا العمل وعلى صبره
الجميل
ونصائحه الصائبة، نسأل الله أن يجزيه خيرا وأن يجعله ذخرا لأهل العلم
والمعرفة.
كما نشكر لجنة المناقشة التي تشرفنا بمناقشة بحثنا هذا، جزاكم الله عنا كل
خير.
كم نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد.

أوصيف نائلة
شراح سهام





مقطعة

مقدمة:

إن مجال عقود التجارة الدولية في طبيعته يتميز باختلاف الثقافات والقوانين وتعدد اللغات بين المتعاملين التجاريين هذا التنوع والاختلاف يخلق نوعا من عدم الوضوح والاستقرار في العلاقات التجارية الدولية لهذا فقد وجدت قواعد تفسير العقود منذ بداية القرن العشرين حيث توجت بمجموعة من الاتفاقيات الدولية تعتبر مبادئ بمثابة تقنين لها تتناول مجمل أحكام العقد التجاري الدولي كترسانة قانونية دولية موحدة .

وتبرم عقود التجارة الدولية بمناسبة المعاملات التجارية والتي تحكمها قواعد وقوانين التجارة الدولية، ويعد العقد التجاري الدولي تعبير وتصرف قانوني لتبادل وإجراء المعاملات التجارية بين الدول الأطراف ويختلف في مراحل التكوينية عن العقد التجاري الداخلي البسيط، لأنه في الغالب يتميز بالتركيب والتعقيد، وهذا ما يلزم الحاجة إلى تفاوض بين أطرافه.

ومفاوضات عقود التجارة الدولية هي عملية تحدد فيها المعالم التي قد تكون في العقد، إذ يدخل الأطراف في حوار حول مواعيد الواردات وسعر البضاعة وكيفية تنفيذها ووقتها ومكانها وضمان جودتها وكذا دراسة الاقتراحات وتبادل الأفكار والمعارف التجارية ومناقشتها حتى يتسنى لأطراف التعاقد إبرام العقد النهائي .

إن أطراف العقد الدولي هم في الأساس شركات كبرى تقوم بمشاريع تنموية لها أهداف اقتصادية وتجارية ومالية تمتد إلى دول عديدة حيث يصعب تتبع مراحل إبرامها للعقد وذلك من حيث تعقيد علاقاتها التي يتدخل فيها الجانب الاقتصادي والمالي والسياسي مما يجعل إطارها التشريعي ضيقا، فالمفاوضات لا تتخذ بعدا قانونيا فهي غالبا ما تتخذ بعدا اقتصاديا وماليا وحتى سياسيا وعليه فإن الدور الذي تلعبه في فهم العقد التجاري بشكل قانوني كأساس في تأويله وتفسيره، مما يجعل بنوده المحدودة في معناه دلالاته يقتصر على ترجمة كل الأعمال التمهيدية له. فللمفاوضات قيمة قانونية تكون في بعض الأحيان أقوى من بنود العقد نفسه وهي أهم مرحلة تمر بحياة العقد التجاري الدولي على الإطلاق، حيث يتم أثناءها



إعداد و تحضير العقد بما يتضمنه من بحث كافة زواياه وتفاصيله التقنية والمالية وأثاره الاقتصادية والسياسية، ونجاح إدارة التفاوض والتحكم في سيرها هو نجاح إنهاء العقد التجاري الدولي والإطاحة بفشل المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً، ولهذا أصبحت المفاوضات ضرورية في كل عقد تجاري، لأنها تستغرق مدة طويلة ولها تقنيات تعتمد على الخبرة بكل أبعادها السياسية والاقتصادية والتجارية والثقافية وان دل هذا على شيء فإنها تدل على القيمة القانونية واقتصار أهميتها في مجال العقد التجاري الدولي وبناء على ما أسلفنا ذكره تتضح لدينا الإشكالية التالية:

إذا كانت المفاوضات أهم مرحلة في إبرام العقد التجاري الدولي،

فما هي الأهمية القانونية للمفاوضات ؟ وما هي آثارها ؟

ولتحديد عناصر الإشكالية نطرح الأسئلة الفرعية التالية:

ما معنى المفاوضات في العقد التجاري الدولي ؟ وهل التفاوض له دور رئيسي في إبرام وإحكام العقد التجاري الدولي ؟ وهل إنهاء العقد التجاري الدولي يقتصر على نجاح التفاوض كاتفاق سابق بين المتعاقدين ؟ وفيما تكمن القيمة القانونية للمفاوضات في إنشاء وإبرام العقد التجاري الدولي ؟ وفيما تكمن الآثار والمسؤولية المترتبة عن عقد التفاوض ؟ وما هي التزامات الأطراف المتفاوضة والمسؤولية المترتبة عنها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ركزنا على منهجين المنهج الوصفي والمنهج التحليلي وذلك من حيث وصف أهمية المفاوضات والآثار المترتبة عنها في إبرام العقد التجاري الدولي وتحليل مختلف النصوص القانونية والأحكام الفقهية المتعلقة بهذه العملية أو المرحلة قبل إنشاء العقد التجاري الدولي.

ولصقل الموضوع نعرض أهمية موضوع بحثنا في:

دراسة المفاوضات ومدى أهميتها في إنجاز الصفقات التجارية الدولية ومعرفة مبادئ التفاوض كعملية تعاملية بين الأطراف في مجالات عقود الاستثمار كون العقود التجارية الدولية عابرة للحدود الوطنية مما يعني أن التفاوض دولي ويستند على اتفاقيات وقوانين



دولية فكلما زادت مهارات وخبرات أطراف التعاقد فيما بينهم لتحقيق مصلحة ثابتة وهي تطوير اقتصاد الجانبين وإنعاش مجال عقود التجارة الدولية من خلال إرساء العملية التفاوضية كدراسة و أطروحة مبسطة على مائدة حتى يتسنى للأطراف مناقشة تفاصيل العقد لحل المشكلة التي قد تعرقل تحقيق الغرض المنشود في إبرام العقد التجاري وفي ازدهار الاقتصاد و ثراء المتعاملين الأطراف.

ومن بين أسباب اختيار الموضوع:

أ- أسباب موضوعية:

- تتعلق بمجال الأعمال المفهم بشتى النزاعات التي تطرح بين المتعاملين والتجار خصوصا في مجال العقود التجارية الدولية ولهذا فلا بد من طرح مسألة كمرحلة السابقة للتعاقد وكذلك لما للمفاوضات قيمة وشان منذ العصور القديمة إلى غاية عصرنا الحديث واستمرار التجارة وتطورها في إنعاش الاقتصاد وازدهاره .

ب- أسباب ذاتية:

- تخصص الدراسة في قانون الأعمال وكذا تزويد الموضوع من معلومات نظرا لقلّة المراجع مما أدى إلى تسليط الضوء على المبادئ العامة لنظرية العقد ونظرية الالتزام.
- اكتساب معارف من خلال هذه الدراسة فربما تفيدنا مستقبلا في مجالات التعامل التجاري كما تنطوي أهداف البحث في :

- معرفة وتوضيح الأهمية المفاوضات التي تكتسي العقد التجاري الدولي للأطراف المتعاقدة خاصة في مجال إبرام العقود المركبة والمعقدة.

أما صعوبات الدراسة تتمثل في: عرقلة انجاز هذا الموضوع الكثير من الصعوبات منها قلة المراجع والموارد القانونية المعرفية لنقص تطرق فقهاء القانون لهذا الموضوع وعدم وضع المشرع الوطني تقنيات له حتى في مجال العقود البسيطة فترك المجال للمعاهدات والاتفاقات الدولية ; والأحكام القضائية. إضافة إلى القوة القاهرة وما فرضته علينا جائحة كوفيد 19 من التزام الحجر الصحي مما استحال عدم التواصل مع زميلتي إلا عبر مواقع



التواصل الاجتماعي وغلق المعاهد الجامعية مما عرقل انتقالنا إلى مكاتب المرافق الجامعية لسحب المراجع وكذلك عدم التواصل مع الأستاذ المشرف في العديد من الفترات بسبب غلق الجامعات وانعدام وسائل النقل بين المقاطعات الولائية.

أما فيما يخص الدراسات السابقة للموضوع فلقد سبق دراسة موضوع المفاوضات في عقود التجارة الدولية من خلال الدراسات الفقهية و مذكرات الماستر والماجستير وكذلك أطروحات الدكتوراء من بينها: المفاوضات في عقود التجارة الدولية دراسة فقهية إعداد الدكتور أحمد بن فهد بن حمين الفهد الأستاذ المساعد بقسم الفقه بكلية الشريعة بالرياض وللتفصيل أكثر في الموضوع ودرسته من كل الزوايا تم تقسيم البحث إلى فصلين كالتالي:

- الفصل الأول: ماهية المفاوضات في عقود التجارة الدولية.
- الفصل الثاني: آثار المفاوضات والمسؤولية المترتبة عنها

المفصل الأول



ماهية المفاوضات في عقود التجارة الدولية



المبحث الأول: مفهوم المفاوضات

المطلب الأول: تعريف المفاوضات

المطلب الثاني: أركان وشروط صحة التفاوض.

المبحث الثاني: الأهمية القانونية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية

المطلب الأول: أهمية المفاوضات

المطلب الثاني: تمييز المفاوضات عن النظم المشابهة لها

إن إحداه تغييرات في المجتمع الدولي، أدى إلى تطور مجال عقود التجارة الدولية حيث من الضروري و لتفادي النزاعات يلجأ الأطراف في إبرام العقد إلى عملية التفاوض من أجل ضمان وإنشاء عقدا تجاريا محكما، وضمان مصلحة الأطراف تحقيقا للتوازن العقدي، ويخضع أطراف العقد الدولي إلى مبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الإرادة فهم أحرار في التفاوض وغير مقيدين بالتزام ونظرا للقصور التشريعي في تنظيم المفاوضات على العقود التجارية اتخذ الأطراف منهج وأسلوب تفاوضي في إفراغها على شكل اتفاق ومثل هذه العقود والاتفاقات في اختلاف فحواها ومفاهيمها وحسب ما فرضته المعاملات التجارية تتبع نمط إجرائي في عملية التفاوض والثاني تنظيمي فيما يخص شروط العقد النهائي .

ولهذا سوف نتطرق في مبحث أول إلى مفهوم المفاوضات في عقود التجارة الدولية يندرج من خلاله مطلبين مطلب أول : تعريف التفاوض،

ومطلب ثاني: أركان وشروط صحة التفاوض، وفي مبحث ثاني سنتطرق إلى الأهمية القانونية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية والذي أيضا يندرج من خلاله مطلبين مطلب أول: أهمية المفاوضات.

ومطلب ثاني: تمييز المفاوضات عن النظم المشابهة لها.

المبحث الأول: مفهوم المفاوضات

" تعتمد عقود التجارة الدولية الصحيحة، وكل اتفاق تجاري ناجز على المفاوضات السابقة لها، ويحاول الطرفان خلال المفاوضات الوصول إلى اتفاق أمين وقابل للتنفيذ يرضي كليهما، وقد تؤدي هذه المفاوضات إلى اعتماد نموذج جديد لعقود التجارة الدولية.¹"
ومن ثمة تكون مرحلة التفاوض سابقة لكل اتفاق بين الأطراف لإنشاء وضبط عقد سليم خالي من نشوب أي نزاع مستقبلا ويكون ذلك وفق نموذج وصيغة معينة وعليه سنتناول في هذا المبحث :

¹ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر -2007 ص

المطلب الأول: تعريف المفاوضات

ترتبط فكرة تحضير العقد واللجوء إلى إبرامه بهذه المرحلة وهي ما قبل إعداده في عقود التجارة الدولية فهي سابقة لإبرامه وتمهيدية في إنشائه، فلا يوجد تعريفاً شاملاً للمفاوضات من طرف الفقه حيث تختلف التعريفات بتعدد وتنوع مواضيع المفاوضات كلا حسب دراسته وعنوان بحثه، حتى التقنيات المدنية ومنها.

التقنين الفرنسي قد خلا من نص خاص ينظم مرحلة ما قبل التعاقد بما فيها المشرع الجزائري ورغم ما حدث من تعديلات مست القانون المدني إلا أن هناك فراغ تشريعي فيما يتعلق بمسألة التفاوض واقتصر المهمة للدراسات الفقهية وتقدير القضاء.

ولهذا سوف نعرض في الفرع الأول: المقصود بالتفاوض في عقود التجارة الدولية وذلك بتوضيح المعنى اللغوي والاصطلاحي للمفاوضات وكذا عرض خصائص التفاوض في فرع ثاني.

الفرع الأول: المقصود بالتفاوض في عقود التجارة الدولية.

إن معرفة ماهية المفاوضات في عقود التجارة الدولية يستلزم التطرق إلى المعنى اللغوي والاصطلاحي للمفاوضات والتعريف الفقهي والقضائي لها، وذلك كالتالي:

أولاً: المعنى اللغوي للتفاوض

المفاوضة لغوياً: فاوض - مصدر تفاوض - تفاوضاً فهو متفاوض.

جاء في لسان العرب مفاوضة المساومة والمشاركة، وتفاوضوا في الحديث أي أخذوا فيه، وتفاوض القوم في الأمر أي فاوض بعضهم بعضاً¹.

- في لغة القانون: تبادل الرأي مع ذوي الشأن فيه أو ذوي القرار بغية الوصول إلى تسوية أو اتفاق = مفاوضات سرية - فشل المفاوضات - فتح باب المفاوضات =

¹ أبو الفصل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صابر، بيروت، لبنان 1997، ص171.

التفاوض سعي الطرفين لتسوية النزاع القائم بينهما عن طريق الحوار المباشر أو بواسطة من ينوب عنهما.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للتفاوض

لقد عرف البعض المفاوضات على أنها " التفاوض والمناقشة وتبادل الأفكار في الآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما، اقتصادية أو قانونية أو تجارية أو سياسية " ¹ .

" أنها حالة أو وضعية **une situation** لكل طرف من الأطراف المتفاوضة. " ²

"أنها حالة اتصال أو مشاركة إذ تتصل الأطراف المتفاوضة بعضها مع البعض الآخر في عملية المفاوضات **communiquer**" ³.

وهذا بصفة عامة أن التفاوض هو عملية تستهدف الوصول إلى حلول مقبولة أو اتفاق يسهم في تحقيق مصلحة طرفين أو أكثر يربطهم موقف غايته الوصول إلى تسوية من أجل تحقيق أهداف تبدأ بالحوار وتنتهي بالوصول إلى نتيجة ترضي الأطراف بشأن اتفاق التفاوض.

وهناك من عرف المفاوضات أيضاً " المفاوضات اتفاق يجري بين متعاقدين احتماليين من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات اتجاه الحقوق والالتزامات التي تمثل محل العقد." ⁴

كما يمكن تعريف التفاوض على أنه " التفاوض هو عملية يتفاعل من خلالها طرفان أو أكثر لديهم اعتقاد بوجود مصالح واهتمامات مشتركة ومتداخلة وأن تحقيق أهدافهم وحصولهم

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ومفاوضات العقود الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2001 ص 59.

² خالص صافي صالح، ماهية المفاوضات التجارية، الطبعة العصرية برج الكيفان الجزائر، مارس 2012 ص 121

³ خالص صافي، مرجع نفسه، ص 121.

⁴ محمد علي جواد، العقود الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2010 ص 45.

على نتائج مرغوبة تتطلب الاتصال فيما بينهم كوسيلة أكثر ملائمة لتضييق مساحة الاختلاف وتوسيع منطقة الاشتراك بينهم من خلال المناقشة والتوضيح والحجة والإقناع والاعتراض للتوصل إلى اتفاق مقبول للأطراف بشأن موضوعات أو قضايا التفاوض" ¹ وأيضاً عرف أنه « الأفكار والمساومة بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما » ².

وفي تعريف لمarius Petrescu أنه "هو ذلك النشاط الذي يعالج فيه الناس اختلافهم في الرأي، باستعمال مهاراتهم في التفاوض . وهذه العملية قد تنتهي لصالح أحد الجانبين أو كليهما معا" ³.

فالمرحلة التي تسبق إبرام العقد التجاري الدولي هي عملية التفاوض والتي تكون بين طرفين أو أكثر كلا لحماية مصلحة أو الوصول إلى حل أو ضبط العقد لإحكامه وتقادي الخوض في النزاع.

وعليه نستنتج من هذه التعريفات أن مرحلة التفاوض التي يقصد بها هي المرحلة التمهيديّة في إنشاء العقد وذلك من خلال التشاور حول البنود والأسس المشتركة لتأسيس العقد التجاري الدولي وإبرامه والخطوات التي يتبناها الأطراف لضبط المعايير اللازمة للتوصل إلى اتفاق إرادة الأطراف وإحكامه .

أي أن هناك بعض العقود التي لا يمكن أن تبرم إلا بعد مرورها بمرحلة تفاوضية الهدف منها تهيئة المناخ وتبادل الآراء بين أطراف العقد لأجل تقادي وقوع أي خلافات

¹ أحمد عبد القادر، دكتور إبراهيم أحمد، إدارة المفاوضات والنزاعات الدولية، دار الكتب المصرية، دار النشر الجامعي، الإسكندرية سنة 2016، ص 7.

² خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص 209.

³ Marius psfrescu the commercial négociation forme Word valhia university of Targoviste Romania p120.

مستقبلا في إطار تنفيذ العقد المزمع إبرامه لان الأصل أن يتم التعاقد بمجرد اتفاق الأطراف على عناصر العقد وهذا ما يعرف قانونا بتطابق الإيجاب والقبول.

والعقود التجارية الدولية عموما تسري بما يملي العرف التجاري الدولي على إجراء مفاوضات في العقود كمرحلة تمهيدية.

ثالثا: المعنى الفقهي للتفاوض.

تعرف على أنها " تبادل الاقتراحات والاستشارات بين الأطراف المتفاوضة ليكون لكل منهم على بيئة على أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف والتعرف على ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه فهي كل اتصال أو مشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر بغرض الوصول إلى اتفاق نهائي أو إبرام عقد معين".¹

شرح التعريف يعني كل حوار بين متعاقدين للبحث عن إيجاد توافق الإرادات اتجاه الحقوق وتحقيقا للمصلحة والتقييد بالالتزامات محل العقد بغية الوصول إلى اتفاق تجنباً لنشوب خلاف بين الأطراف.

كما يقصد بالمفاوضات " المرحلة التي يتبادل بها أشخاص العلاقة العقدية المستقبلية وجهات النظر ويناقشون الاقتراحات التي يضعونها سوية رغبة منهم إلى الوصول إلى إبرام العقد".²

وذهب البعض إلى تعريف عقد التفاوض " بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبداية أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه".³

¹ هاني صلاح نسر الدين، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية عدد 4، سنة 1996 ص 4.

² بارود حمدي محمود 2010، تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية وأثارها، بحث منشور في مجلة جامعة الأزهر، غزة، السنة العشرون، العدد الثالث ص 147 نقلا من مذكرة الطالب مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2013-2014.

³ محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكننة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الإسكندرية، مصر، ص 182.

وعرف بأنه " وجود مشكلة أو مصالح متعارضة بين طرفي العملية التفاوضية، وفي مجال العقود الدولية يتمثل ذلك في محاولة حسم مشكلة السعر أو الثمن، أو إعادة التوازن إلى العملية التعاقدية عندما يطرأ تغيير في الظروف، يقلب الموازين والحسابات الاقتصادية إضراراً بمركز أحد طرفي التفاوض أو أي أمر آخر...."¹.

يتضح من خلال التعريفات الفقهية السابقة أن مرحلة المفاوضات هي مرحلة أساسية في عملية التعاقد ذلك لأن التوازن العقدي للاتفاق القائم يعتمد على حسن سير المفاوضات لضمان المصالح المشتركة بين الأطراف.

رابعاً: المعنى القضائي للتفاوض.

حكم صادر عن محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية بتاريخ: 26 أكتوبر 1979، عرف التفاوض بأنه " عقد يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعتة من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده"². أما محكمة باريس في حكمها الصادر في 23 ماي 1992 عرفت التفاوض " إن عقد المفاوضات هو عقد بمقتضاه يلتزم أطرافه ببدء أو متابعة التفاوض بحسن نية حول شروط عقد يبرم في المستقبل."³

إن هذا التعريف لا يختلف عن التعريف الفقهي للمفاوضات.

إذ أن التفاوض هو عقد يلتزم بموجبه الأطراف بالدخول فيه.

من أجل إبرام عقد لاحق وهو العقد التجاري الدولي.

وعلى هذا الأساس فعقد التفاوض لا ينشئ التزاماً بل يرتب التزاماً آخر بالتفاوض .

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات عقود التجارة الدولية،

<https://mousalawyer.ahlmontada.com/t1647-topic> اطلع عليه في 2020/05/12 الساعة 21:25

² عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، الطبعة الأولى، دار النشر، القاهرة، مصر، 2005 ص 32.

³ عبد العزيز مرسي حمود، مرجع سابق، ص 32.

الفرع الثاني : خصائص التفاوض.

يتميز التفاوض أثناء إجراء مفاوضات على عقد معين بغرض التوصل إلى إبرامه بالخصائص التالية :

- أولاً: التفاوض عقد رضائي غير مسمى :

توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني يتضمن الأركان اللازمة لكل عقد وهي التراضي والمحل والسبب، فيكفي توجيه دعوة المتفاوض وقبولها من الطرف الآخر قبولاً مطابقاً وأن يكون لكل منهما الأهلية وإرادته خالية من العيوب ومحل العقد هو محاولة التوصل إلى إبرام العقد النهائي وبواعثه صحيحة طالما محل العقد النهائي مشروع، ويتم الرضا بالدخول بالتفاوض باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً أو ضمناً أو بالوسائل الالكترونية الحديثة.

وهو من العقود غير المسماة، حيث لم تضع التشريعات تنظيمات قانونية معينة، إذ خلت غالبية النظم القانونية المعاصرة من قواعد تنظيمية لهذا العقد الذي بدأ يحتل مكانة هامة في الواقع العملي على الصعيد المحلي والدولي، كما حظي بالكثير من الدراسات الفقهية¹.

- ثانياً: التفاوض عقد تمهيدي:

إن الهدف من عقد التفاوض هو التحضير تمهيداً للعقد، وذلك من أجل إحكامه بصفة مضبوطة وسليمة أي أن الطرفين لا يلزمان بعضهما بإبرام العقد النهائي وإنما يلزمان فقط بالتفاوض للوصول إلى إبرام العقد النهائي.

وعقد التفاوض جاء تمهيداً للتعاقد تعبر عن رغبة كل طرف من أطراف التعاقد في الوصول إلى اتفاق يحقق المصلحة المتبادلة لهم في إتمام التعاقد وتحقيق أفضل النتائج لنفسه حيث أن كلا منهما يحاول تحقيق ما يمكن تحقيقه من مكاسب من خلال التفاوض على أساس مشروع عقد.

¹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته ومفاوضات العقود وإبرامه ومضمونه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 48.

وهذا الطابع التمهيدي لعقد التفاوض لا يخول لأي من طرفيه حقا .

ذا طبيعة مالية تعاقدية، متعلقة بالعقد النهائي، فلا يرتب للشخص حقا عينيا يحد من سلطات المالك على الشيء موضوع التفاوض كما هو الشأن بالنسبة لعقد البيع، بل إن الالتزام الذي يولده عقد التفاوض هو التفاوض ومواصلته وفقا لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل¹.

ثالثا: التفاوض عقد مؤقت:

يتسم عقد التفاوض، بعدم الاستمرارية وانه مؤقت لان إرادة الأطراف التي ترغب في التعاقد ليست مقصدا للمفاوضة وإنما هي مرحلة فقط للوصول إلى الاتفاق النهائي . ولهذا يتميز عقد التفاوض بالطابع المؤقت حيث ينتهي بانتهاء المفاوضات وما وراء هذه المرحلة لا يكون لعقد التفاوض هذه الأهمية إلا في حالة استعماله كأداة لتفسير إرادة الأطراف أو في حالة المسؤولية العقدية بسبب عدم التقيد بالالتزامات الناتجة عنه.

" فهو لم يوجد إلا لمدة محدودة وهي المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين فان انتهت المفاوضات سواء بإبرام العقد النهائي أو عدمه، زال كل أثر لعقد المفاوضات مع عدم الإضرار بحقوق الغير الذين اعتقدوا بحسن نية في تعلق الأمر بعقد نهائي"².

رابعا: التفاوض عقد يغلب عليه طابع عدم اليقين:

من سمة عقد التفاوض هي عدم الاحتمال، فأطراف المفاوضات ليس لهم دراية عند دخولهم في المفاوضات أن العقد النهائي سيبرم أم لا، وان هذه المفاوضات لا تكتمل وتؤول إلى الفشل وعليه فان عقد التفاوض يغلب عليه طابع عدم اليقين والتأكد.

وقد أخذ بعض من الفقه إلى أن العقود التحضيرية كعقد التفاوض لا تعد عقودا تامة، فهي ليست سوى انعكاسا لإرادة الأطراف غير الواضحة في الاتفاق على بعض الجوانب

¹ أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ص 49.

² أحمد كريم سلامة أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، الموقع نفسه، اطلع عليه في 2020/05/12 الساعة 22:25

الهامة، ومن هذا المنطلق فالعقد النهائي لا يمكن التوصل إليه بإبرامه أولاً، مما يغلب عليه الطابع الاحتمالي.¹

خامساً: التفاوض يرتب التزامات خاصة :

إن عقد التفاوض يرتب التزامات خاصة بالنسبة للأطراف، وهي:

الالتزام بالدخول في المفاوضات والاستمرار فيها حيث لا يلزم الأطراف الاتفاق بالتراضي على العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وإنما يلزمهم فقط ببذل العناية من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي وهو العقد التجاري وعليه فهو لا يرتب التزاماً بتحقيق نتيجة. والعقد النهائي لا يبرم بمجرد إظهار أحد طرفي التفاوض رغبته في التعاقد، بل يستوجب وجود تراضي جديد على عناصر وشروط العقد النهائي، كما أن انسحاب أحد أطراف التفاوض من المفاوضات لا يخول للقاضي الحكم بانعقاد العقد النهائي، بل يرتب فقط مسؤولية من انسحب من المفاوضات إذا كان هذا الانسحاب لا يستند إلى سبب جدي أو موضوعي.

" والواقع أن هذا الالتزام يتوقف على ضوء الأوضاع الخاصة بقدرات أطراف التفاوض والنظر إلى خبرتهم وإمكاناتهم، فالقضاء يتشدد في هذا الالتزام بالنسبة للمحترف في مواجهة عدم خبرة الطرف الآخر وعدم علمه بالتفاصيل الفنية وكذلك الحالات التي يثبت فيها علم الشخص باحتياجات الطرف الآخر...."²

وفي حقيقة الأمر أن التزامات الأطراف في عقد التفاوض تحرص على مدى اكتساب الخبرات السابقة من خلال العلم بالتفاصيل الفنية وأيضاً علم ضرورة احتياجات الطرف الآخر لإبرام الصفقة وهذا ما سنتعرف عليه في الفصل الثاني لاحقاً.

¹ أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص 36.

² الدكتور محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 59.

سادسا: التفاوض ليس وعدا بالتعاقد :

إن الوعد بالتعاقد عقد مستقل قد يكون ملزما لجانب واحد أو ملزم لجانبين كما أن الوعد بالتعاقد لا ينعقد صحيحا إلا إذا تم التراضي على جميع العناصر الجوهرية لإبرام العقد النهائي.

الاختلاف بين التفاوض والوعد بالتعاقد يتمثل في العلاقة القانونية بين كل منهما، وبين العقد النهائي الذي يستهدفه، فالوعد بالتعاقد سواء كان ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين لا ينعقد صحيحا إلا بالتراضي على جميع العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد النهائي فضلا عن تحديد المدة التي يجب من خلالها أن يظهر الموعد له رغبته في التعاقد، أما في التفاوض لا يحدث في شأنه مثل هذا النوع من التراضي غاية الأمر أن كل طرف ملتزم في مواجهة الآخر بالسعي لإبرام العقد النهائي.

" وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد، وكذلك الاتفاق الابتدائي وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي وبيان هذا أن الواعد بالتعاقد بالبيع مثلا يلتزم أن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء، وهذا أكثر من إيجاب لأنه إيجاب اقترن به القبول فهو عقد كامل ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع أو على بيع تمهيدي في حالة الاتفاق الابتدائي ولذلك يكون الوعد بالتعاقد وكذلك الاتفاق الابتدائي، مرحلة دون التعاقد النهائي وهو خطوة نحوه".¹

حيث نرى من خلال ما تقدم من مرحلة التفاوض تختلف عن الوعد بالتعاقد إذ أنها مرحلة أقل عمقا من الوعد بالتعاقد من حيث التمهيد لإبرام العقد النهائي، كما أنه أقل بكثير منه في إتاحة الفرصة لإبرام العقد النهائي.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، نسخة مستخرجة Mr -Gado -2007 copyrights -2008. ص 208 و209.

حيث ينعقد العقد النهائي الموعود به في الوعد بالتعاقد لمجرد إظهار الموعود له رغبته في التعاقد دون الحاجة إلى أي إجراء آخر وهذا عكس التفاوض الذي يتطلب تراضي جديد من الطرفين، فإذا نكل الواعد من وعده بالتعاقد وقاضاه الآخر طالبا التنفيذ فإن القاضي طبقا للقانون يحكم بانعقاد العقد ويقوم الحكم مقام العقد النهائي.¹

المطلب الثاني: أركان وشروط صحة التفاوض.

كما سبق وان ذكرنا بان التفاوض هو اتفاق يلتزم بمقتضاه الأطراف المتفاوضة بوضع الخطط وتبادل الاقتراحات بما يلزم إبرام العقد التجاري والتوصل إليه وبما أن الأصل في عقد التفاوض وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد هو حرية التفاوض لإبرام عقد ما وكما أيضا يجوز العدول عن المفاوضات أو قطعها في أي وقت ولو في مرحلة متقدمة منها كلما اتضح أن الشروط المطروحة للتعاقد ليست مناسبة ولذا فإن أطراف العقد التجاري الدولي في مواجهة اعتبارات متناقضة في مرحلة التفاوض ويتم التعبير عن إرادة الأطراف المتفاوضة صراحة عن طريق إبرام عقد تفاوض صريح من اجل ضمان حماية مسائل العملية التفاوضية سواء المادية أو العملية وكيفية حماية ضياع النفقات ودراسة الأفق التجارية والاقتصادية بالإضافة إلى تقوية فرصة التعاقد مع الغير وإضاعتها عليهم خاصة إذا كان في بعض الأحيان المتفاوض سيء النية .

وعقد التفاوض لم يتطرق إليه المشرع لا من ناحية التعريف أو التنظيم باعتباره عقدا من العقود غير المسماة مما ينحصر دراسة أركانه وشروط صحته ضمن قواعد ومبادئ النظرية العامة للعقد.

¹ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة، الجزء الأول مصادر الالتزام باعتناء الدكتور محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، 1983 ص 475.

ولذلك سوف نتطرق إلى أركان عقد التفاوض وهي الرضا والمحل والسبب إضافة إلى شروط صحته وهي خلو الإرادة من العيوب والأهلية حتى لا يترتب عليه البطلان لذا سوف نعرض أركان عقد التفاوض في فرع أول وشروط صحته في فرع ثاني.

الفرع الأول: أركان عقد التفاوض.

إن التفاوض على العقد التجاري تصرف تخضع له إرادة الأطراف بالاتفاق وقد يكون هذا الاتفاق إما ضمنيا أو يكون مكتوبا أو شفويا كما يكون عقد التفاوض ممكنا ومعينا أو قابلا للتعين وأيضا أن يكون مشروعا شأنه شأن العقود الأخرى في توفر الشروط الموضوعية العامة للعقد وإلا كان عقد التفاوض باطلا.

أولا : التراضي .

يكون التراضي طبقا للقواعد العامة من الإيجاب والقبول، فالإيجاب هو التعبير عن إرادة الشخص الذي يوجه العرض الأول للمتعاقد والذي يجب أن يكون جازما باتا ونهائيا، ومتى اقترن بإرادة مقابلة وهي القبول.

" التراضي le consentement ركن في العقد ومن ثم لقيام العقد صحيحا يجب أن يتوافر رضا المتعاقدين به، وسلامة الرضا من العيوب..."¹.

- تناول المشرع الجزائري ركن التراضي في نص المادة 59 من القانون المدني على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية "².

- أما المادة 60 من القانون المدني فقد أضافت طرق التعبير عن الإرادة.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة سنة 2005 ص 56.

² إن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الرضى وهو في غير محله لأن الرضى يصدر من جانب واحد، بينما التراضي هو المقصود كركن في العقد يصدر من الطرفين.

" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة، كما قد يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".
 ويبدأ التعاقد عادة بدعوة من احد الأطراف بالدخول في التفاوض وذلك بهدف إبرام العقد النهائي، فعقد التفاوض يتم بمجرد تبادل إيجاب وقبول متطابقين، وذلك بأن يقوم أحد الطرفين بتوجيه دعوة إلى الطرف الآخر للدخول في التفاوض وتكون هاته الدعوة بمثابة إيجاب بالتفاوض وتتضمن اقتراحا مبدئيا للتعاقد، حيث هذا الاقتراح أو عرض الرأي يعدل أو يغير أو يطور خلال العملية التفاوضية، ويقابلها اقتراحا مواجها من الطرف الآخر حتى يتمكن الطرفان من صياغة الإيجاب النهائي للعقد المراد إبرامه.
 كما اشترط في الإيجاب بالتفاوض أن يكون جازما باتا ونهائي "" إن الإيجاب هو تعبير بات عن الإرادة بقصد الارتباط بالتعاقد حيث يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه...¹."

أما الإيجاب إذا لم يعلن الطرف الآخر عن رغبته في التفاوض فبمجرد الإعلان عن النية لا يمكن اعتباره إيجابا.

ثانيا: المحل

لا يكتمل عقد التفاوض بتخلف ركن ثاني وهو المحل، كما في العقود الأخرى ويكون محل عقد التفاوض في سعي الأطراف المتفاوضة إلى إبرام العقد النهائي وهو العقد التجاري.
 " وعليه فان أهمية المحل تظهر على مستوى الالتزام أو الالتزامات التي يتضمنها العقد الدولي وعليه فيوجد في عقد البيع مثلا محلان : محل التزام البائع ويتمثل في تسليم البيع ومحل التزام المشتري ويتمثل في دفع الثمن ويتعلق بالمحل شروطا وهي : أن يكون ممكنا

¹ محمد حسين، المرجع السابق، ص 90.

وموجودا في الحاضر أو المستقبل وان يكون معيناً أو قابلاً للتعيين نافياً للجهالة وان يكون قابلاً للتعامل فيه"¹.

"وأما المحل فهو ركن في الالتزام لا في العقد، ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد، فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط، أما محل الالتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه فوجب أن يراعى استقائه للشروط التي يتطلبها القانون ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد."²

وطبقاً للقواعد العامة لنظرية العقد يجب أن يكون المحل ممكناً أي ألا يكون العقد المراد إبرامه مستحيلًا كأن يكون العقد المراد إبرامه بيعاً، وكان المبيع غير موجود في الحال أو في المستقبل. أو أن يكون المبيع قد هلك قبل الاتفاق على التفاوض، وفي هذه الحالة يكون عقد التفاوض باطلاً وذلك لعدم وجود المحل وهذا ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها على "أنه إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً".

والمحل ينصب على عملية التفاوض ذاتها فمحل العقد هو القيام بعمل معين وهو الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها بحسن النية بهدف إبرام العقد النهائي وهذا المحل ممكن ومشروع أي غير محظور قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والآداب وهذا ما نصت عليه المادة 96 من قانون المدني الجزائري على أنه "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلاً." وتعيين محل عقد التفاوض يكون بتحديد الحاجة المطلوبة من الطرفين للوصول إلى العقد النهائي وذلك عن طريق تحديد الوجهة المراد اتخاذها من الطرفين في تفاوضهما لإبرام العقد أو الصفقة.

¹ سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع 2008، تيزي وزو الجزائر

ص 77.

² عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 142.

ويشترط في العقد النهائي باعتبار المحل الذي تنصب عليه العملية التفاوضية أن يكون مشروعاً، أي لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وإلا كان عقد التفاوض باطلاً بسبب عدم مشروعية المحل .

وهذا ما نصت عليه المادة 94 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا كان محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً".

ثالثاً: السبب

كما سبق ذكره دائماً طبقاً للقواعد العامة فإن السبب معناه الدافع أو الباعث الذي يدفع الأطراف للتعاقد، أي بالأصح الهدف المراد تحقيقه من قبل الأطراف خلال الدخول أو البدء في التعاقد ويجب أن يكون أيضاً السبب مشروعاً وإلا لزم بطلان عقد التفاوض وهذا ما نصت عليه المادة 98 من القانون المدني الجزائري على أنه "كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك".

والسبب ركن من أركان عقد التفاوض وهو غير محل التفاوض وإن كان هناك نوعاً من التشابه بينهما ويتمثل السبب في الغرض والباعث الذي دفع الطرفين المتعاقدين للتفاوض والذي أدى إلى العملية التفاوضية في التعامل لإبرام الصفقة فمبدأ الإرادة في عقد التفاوض مكرس بمجرد الالتزام وإن مشروعية التفاوض في العقود التجارية الدولية هو تحقيق الغاية التي دفعت العملية التفاوضية من أجل إبرام العقد ومتى كان الهدف غير مشروعاً كان السبب والدافع كذلك، وهو مرتبط بالنظام العام والآداب كلاً حسب بروتوكول ونظام كل دولة وخاضع إلى عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية.

" وإذا عمدنا إلى فحص هذه التوجهات لدى معظم الدول فإننا نجد أن مفهوم السبب يسمح بضمان حماية المصلحة العامة"¹.

" والسبب يعرف عادة بأنه الغرض المباشر فهو الباعث أو الدافع إلى التعاقد والسبب بهذا المفهوم لا يكون عنصراً في كل التزام "².

¹ محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 125.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 155.

إن سبب العقد للتفاوض هو الدافع الرئيسي الذي يلجأ إليه المتفاوضين في إعداد العقد التجاري وإنهائه ويختلف السبب حسب موضوع كل صفقة أو تصرف تجاري من أجل مصلحة كل متعاقد وحسب مقتضيات المتعاملين التجاريين من أجل الربح أو تنفيذ مشروع اقتصادي تجاري من خلال اتفاق التفاوض حيث كلما كان سبب الاختلاف صغيرا كلما زاد في نجاح المفاوضات بين الأطراف.

الفرع الثاني: شروط صحة عقد التفاوض.

مما سبق ذكره وبالرجوع إلى القواعد العامة فإن شروط صحة التراضي في العقد هما:

الأهلية وسلامة الإرادة من عيوب الرضا.

"لكي يكون التراضي منتجا لأثاره القانونية المراد تحقيقها من وراء الارتباط برابطة قانونية معينة، يجب أن يكون صحيحا وصحة التراضي تلزم أن يكون طرفاه ذات أهلية للتعاقد"¹.

أولا : الأهلية.

إن المقصود بالأهلية هي أهلية الأداء وليست أهلية الوجوب التي تلازم الشخص منذ ميلاده إلى وفاته وأهلية الأداء مناط التمييز ولكي يقوم عقد التفاوض صحيحا لا بد من أن تتوفر في الأطراف المتفاوضة أهلية الأداء بحكم أن الطرفين عندما يريدان الدخول في المفاوضات فإن إرادتهما تتجه إلى إحداث أثر قانوني وهو نية الالتزام بالتفاوض ومواصلته بحسن نية وما يتفرع عنها من التزامات ومن ثمة يجب أن يكون المتفاوض أهلا لمباشرة هذه التصرفات فضلا عن ذلك فإن كان الهدف من عقد التفاوض هو إبرام العقد النهائي فإن هذا الأخير سيقع باطلا لانعدام الأهلية أو قابلا للإبطال لنقص أهلية المتفاوض، فلا جدوى من التفاوض على العقد إذا كان سيؤدي ذلك في نهاية المطاف إلى إبطال العقد النهائي².

¹ خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع - عقد البيع - طبعة 2001، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.

² علي أحمد صالح المرجع السابق، ص 368.

مما يتضح أن التفاوض في العقود التجارية الدولية يلزم أثناء التفاوض ان يكون المتفاوضين ان يقوم بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر وإما تكون قابلة للإبطال وان يكون المتفاوضين متمتعين بقواهم العقلية ولم يحجر عليهم لمباشرة أعمالهم التجارية حسب ما ورد في نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري¹ .

" وينظم مشرع كل دولة أحكام الأهلية بقواعد أمره لأنها تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام ومن ثم لا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على ما يخالفها، فليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها ."²

وتخضع أهلية اتفاق التفاوض في عقود التجارة الدولية حسب شروط وقوانين الاتفاقات الدولية ومنظوماتها .

ثانياً: خلو الإرادة من عيوب الرضا.

كما يشترط لصحة العقد بصفة عامة، ألا تكون إرادة المتعاقد مشوبة بعيوب من عيوب الرضا وهي الغلط³ والتدليس⁴ والإكراه⁵ ومن ثمة إذا كانت إرادة أحد الأطراف المتفاوضة مشوبة بأحد هذه العيوب كان التصرف الناتج عنها صحيحاً ولكن يتهدهد البطلان ومن أبرز

¹ المادة 40 من قانون المدني الجزائري " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 71

³ الغلط تنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري " على أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، ان يطلب ابطاله" والغلط في نظر المشرع الجزائري هو الغلط الدافع الرئيسي الى التعاقد ويجب مراعاة شروط العقد وحسن النية.

⁴ التدليس أو الخداع هو استعمال طريق احتيالية لخدعة أحد المتعاقدين خديعة تدفعه الى التعاقد فهو يعيب الارادة من هذا الطريق ويختلف عن الغلط كون تلقائي اما التدليس فهو توهم بفعل شخص اخر. ونص المشرع الجزائري في المادة 86 / 1 انه يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت حيل احد المتعاقدين قدرا من الجسامه.

⁵ الإكراه هو ضغط يتعرض له العاقد فيولد في نفسه رهبة او خوفا يحمله على التعاقد المادة 88 من القانون المدني الجزائري.

عيوب الرضا في الواقع العملي في مجال إبرام العقد التجاري الدولي هو التدليس بطريق الكتمان¹ . الذي يرتب البطلان .

إذا قام أحد المتفاوضين خلال عملية التفاوض بإخفاء معلومات أو بيانات مؤثرة في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه من قبل المتفاوض الآخر، مما يحول دون أن يكون رضاه سليماً ومن ثمة كتمان المتعاقد صاحب المعلومات بما كان يجب عليه أن يقضي به الطرف الآخر، يعد في حد ذاته نوعاً من التدليس وإعلام المتفاوض الآخر والذي سيتم التفصيل فيه عن الكلام عن الالتزام بالإعلام أصبح من أهم الالتزامات التي فرضتها التطورات لاسيما في مجال عقود نقلا التكنولوجيا الحديثة إذ غالبا ما يتم هذا النوع من العقود بين طرف محترف مستورد للتكنولوجيا .

وحاصل أو حوصلة ما تقدم فإن المفاوضات باعتبارها ساحة للتعاون والأخذ والعطاء تستلزم بالضرورة وجود إرادتين حرتين لا تخضعان إلى أي إجبار أو إكراه وذلك تأسيساً لمبدأ حرية التعاقد الذي يقتضي حرية التفاوض فإذا كانت إرادة أحد الطرفين المتفاوضين مشوبة بعيب من عيوب الرضا سواء تعلق الأمر بالتدليس أو الإكراه.... فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى انحراف العملية التفاوضية عن الغرض الذي أنيط له، ويفتح المجال أمام المنازعات والتي لا تقدم بأي حال من الأحوال استمرار التعاون واستقرار المعاملات.

¹ علي أحمد صالح المرجع السابق ص 418.

المبحث الثاني: الأهمية القانونية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية.

"تنشأ أهمية عقد التفاوض من ناحيتين أساسيتين الأولى ضرورته والثانية حتميته فنحن نعيش عصر المفاوضات وكافة جوانب حياتنا هي سلسلة من المواقف التفاوضية وتظهر ضرورة علم التفاوض ومدى الأهمية التي يستمدتها من العلاقة التعاقدية القائمة بين أطرافه من ناحية الضرورية ومن ناحية الحتمية نجد أن علم التفاوض يستمد حتميته من كونه المخرج أو المنفذ الوحيد الممكن استخدامه لمعالجة القضية محل التفاوض."¹

"والذي يزيد من أهمية المفاوضات هو وجود الكم الهائل من المكاتبات والمراسلات والاتفاقات التي تتخلل هذه المرحلة والذي يضطلع بالقيام بها عادة متفاوضين ليسوا برجال قانون لا يعلمون غالبا ما قد تثيره من منازعات كل ذلك يزيد من أهمية المفاوضات"².

وتمارس المفاوضات دورا هاما في عدد من فروع القانون المختلفة، وخاصة في مجال التجارة الدولية، وما يسري عليه العرف التجاري بين التجار عفويا وتلقائيا من خلال تبني قواعد والتي تقوم على مبدأ استقلال الإرادة والحرية التعاقدية وعليه وكما سبق ذكره تعد المفاوضات مرحلة أساسية في مرحلة التعاقد، وذلك أن التوازن العقدي للعقد الذي يريد الطرفان إبرامه يعتمد بشكل كبير على سير المفاوضات وبما أن العقود المركبة والمعقدة التي ظهرت نتيجة التطورات الحديثة والتقدم العلمي والتكنولوجي والذي يشمل الكثير من جوانب الحياة التجارية فهي تقدر بمبالغ طائلة وضخمة غير العقود اليسيرة والبسيطة التي يكون فيها الاقتران الفوري بين الإيجاب والقبول فان تلك العقود المعقدة والمركبة لا تندرج ضمن العقود الفورية فبعضها قد يستغرق سنوات لتنفيذه لذا كان لزاما أن تسبق هذه العقود مرحلة التوقيع على العقد بمرحلة المفاوضات والتي تهدف إلى تحقيق مصلحة الأطراف.

¹ أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد، ماهيتها وأحكامها، دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفرغ التشريعي، كلية القانون، الجامعة المستنصرية ص 289.

² لطفني محمد حسام محمود، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1 سنة 1995 ص 2.

وأنة رغم من أهمية المفاوضات لاسيما في مجال التجارة الدولية، إلا أنه لاحظنا القليل من فقهاء القانون المقارن الذين تناولوا دراسة هذا الموضوع. فالكتب الخاصة بالعقود والالتزامات تكاد تخلو منها إلا بعض الأبحاث المتخصصة التي لم تظهر إلا في منتصف العقد الأخير من القرن الماضي.

المطلب الأول: أهمية المفاوضات.

" في الحياة اليومية التي يعيشها الإنسان المعاصر والتي توصل إليها بفضل التطورات الحديثة في مختلف المجالات قد يتطرق حتما إلى المفاوضات والتي تعتبر من أهم المواضيع التي يؤول إليها سواء كان ذلك الفرد أو المؤسسات الاقتصادية حيث تكاد توافقنا في أغلب النشاطات والعمليات الاقتصادية والتجارية في كل الاتجاهات النشاط الإنساني وعلى الرغم من تواجد المفاوضات منذ زمن بعيد إلا أن أهميتها تزداد حداثة وعصرنة يوما بعد يوم حيث أطلق على هذه الحداثة **عصر التفاوض**"¹.

"يلعب التفاوض دورا هاما في التفاهم وتقريب وجهات نظر أطراف العقد الدولي حيث غالبا ما ينتمون لدول متباينة في الفكر والثقافة والاجتماع والاقتصاد."²

"غالبا ما تعتبر المفاوضات ذو أهمية فائقة وربما في اغلب الأحوال قد تكون متفوقة وقد يصفها البعض بقاعدة الذهبية التي يعتمد عليها رجال الأعمال المفاوضون أطراف النزاع الذين يسعون للتفاوض إلى التسوية وإيجاد حلول مناسبة وملائمة لكلا الطرفين"³.

تتجلى إيضاح أهمية مفاوضات عقود التجارة الدولية في الأمور التالية :

مجال العقود خاصة في الوقت الحاضر الذي وجدت فيه العديد من العقود المركبة استجابة للتطور الهائل في وسائل الإنتاج الصناعي والتكنولوجي والثورة المعلوماتية مثل العقود المتعلقة بالمصانع والإنتاج المشترك للطائرات واندماج الشركات فلا يمكن لمثل هذه

¹ كايلى ريمة، التفاوض في عملية البيعية، دراسة حالة شركة ذات المسؤولية المحدودة للخدمات العامة والتجارية، مذكرة نيل شهادة الماجستير، جامعة أحمد بوقرة بومرداس 2014، ص24.

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص30.

³ بيتر فلمنج، المفاوضات التجارية الدولية، ط 1، دار العربية للعلوم ص 55.

العقود أن تبرم بإيجاب وقبول فوريان وإنما تحتاج إلى مفاوضات تسبق إبرامها لما فيها مخاطر عديدة ووجود قيمتها الهائلة استوجب بصفة ضرورية وجود مفاوضات لها.

" قد يجهل البعض أهمية المفاوضات على إبرام عقود التجارة الدولية إذ تعكس مدى حسن النية عند الأطراف وتصميمهم على إنهاء الصفقة واستعمال العبارات المناسبة المؤدية الى نتائج معتبرة بين المصدر والشاري..."¹.

إن المفاوضات تقلل إلى حد كبير ما يمكن أن تنطوي عليه بعض العقود الكبيرة والمعقدة من مخاطر، فبإمكان العاقد خلال المفاوضات دراسة العرض الذي تقدم به الطرف الآخر، وأن يملي ما يشاء من المعلومات التي تعينه من أجل التأكد من جدية العرض المقدم له.

إن مرحلة المفاوضات تعد فترة إعداد العقد، الذي يسبقه فكلما كان هذا الإعداد جيدا جاء العقد ملبيا لمصالح الطرفين ومحققا لها.

إن عملية التفاوض أصبحت تقوم على علم له قواعده و أصوله الخاصة فلم تعد مجرد عملية مساومة في الأسواق تغلب عليها الاجتهادات الشخصية لأطراف التفاوض.

" مرحلة التفاوض حيوية حيث يتم فيها الإعداد والتحضير للعقد، وبحث جوانبه الفنية والمالية والقانونية والتعرف على المتعاقد الآخر وتقدير إمكانياته وتحديد مضمون العقد وإرادة الأطراف من خلال التشاور تلعب دورا هاما في تنظيم التفاوض.... كما يقرب وجهات النظر المختلفة للدول المتباينة في الفكر والثقافة والاقتصاد كما تستدعي كإجراء مفاوضات لتعديل الالتزامات وإعادة التوازن العقدي"².

إن مرحلة المفاوضات تعد فترة إعداد العقد، الذي يسبقه فكلما كان هذا الإعداد جيدا

جاء العقد ملبيا لمصالح الطرفين ومحققا لها.

¹ عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 165.

² مركز أرايوس للتحكيم - التفاوض في العقود الدولية، بسام أحمد مدرس بجامعة تشرين - <http://www.aradous.com>

aca.com/blog/article/288 اطلع عليه في 2020/05/27 على الساعة 23:10

وعقد التفاوض تقتصر أهميته القانونية لطرفي العقد في أنه يمنع الأطراف بالادعاء بالإذعان وسنتطرق إليه في الفرع الأول وأنه يعد وسيلة على تفسير العقد في فرع ثاني.

الفرع الأول: المفاوضات تمنع الادعاء بالإذعان .

"الأصل أن يقوم العقد على أساس من الحرية الكاملة لكل من طرفيه في مناقشة كل ما يرتبه له العقد من حقوق وما يفرضه عليه من التزامات على أنه في بعض الأحوال قد تفرض شروط العقد من قبل أحد الطرفين استنادا إلى ما يتمتع به من قوة اقتصادية تتمثل في احتكاره لبعض السلع أو الخدمات الضرورية ... فإذا ما قبل الطرف الضعيف أنه يتعاقد دون مناقشة فقد أذعن لإرادة الطرف الآخر"¹.

" وغالبا ما يترتب على هذا الوصف أن للقاضي سلطة التدخل لإنصاف الطرف الضعيف وذلك عن طريق إلغاء أو تعديل الشروط التي تظهر فيها نوع من التعسف مثل : شرط إعفاء الطرف القوي من تحمل المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها أو عن طريق تفسير الشروط الغامضة لفائدة الطرف المذعن. على أنه لا محل للتمتع بهذه الحماية التي يوفرها القانون للطرف المذعن إذا كان التعاقد قد تم بناء على مفاوضات سابقة بين الطرفين القوي أو المحتكر وبين الطرف الآخر ولو كان الأول ذا غلبة اقتصادية أو محتكرا للسلعة أو الخدمة، ذلك أن المفاوضات تحقق للطرف الآخر فرصة مناقشة شروط العقد، ومن ثم لا يجوز من بعد الادعاء بالإذعان."²

" ولكن ينبغي الإشارة إلى أن هناك جانبا من العقود التي لا تنور فيها مشكلة التفاوض بشكل هام وهي عقود الإذعان *contrat d'adhésion* التي لا يكون أمام أحد طرفيها سوى القبول أو الرفض بسبب ضعف مركزه الاقتصادي وحاجته للسلعة أو الخدمة التي يحتكرها

¹ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة الأردن، 2001، ص 109.

² محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 30.

أو يهيمن عليها الطرف القوي ويضع عقوداً نموذجية متداولة ينبغي الموافقة عليها كما في جملتها، دون أن يكون هناك هامش كبير للتفاوض".¹

"إن عقد الإذعان يتم إعداده مسبقاً حيث يتولى أحد أطرافه تحديد مضمونه ببيان الحقوق والالتزامات الناتجة عنه بالطريقة التي تحقق مصلحته دون أن يكون للطرف الآخر حرية مناقشة ذلك المضمون".²

وما يدخل في دائرة عقود الإذعان:

"دائرة عقود الإذعان قد يكون القبول مجرد إذعان لما عليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع"³.

وبالرجوع إلى عقود التجارة الدولية نجد أن طبيعتها القانونية والاقتصادية تقتضي من الأطراف الدخول في مفاوضات ومناقشات حيث نجد أن كل طرف يحرص على بيان وتدعيم مركزه القانوني حيث لا يوجد نظام متكامل يناسب الأطراف تماماً مما يستدعي التفاوض لخلق نظام ملائم يحمي حقوق الأطراف.

وبالتالي فإنه لا يمكن لأطراف عقود التجارة الدولية الادعاء بوجود شروط تعسفية في العقد مادام أن إبرامه جاء بناء على مفاوضات واقتراحات تم تبادلها أثناء مرحلة المفاوضات.

¹ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 30.

² محمد حسين منصور، مرجع نفسه، ص 30.

³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 191.

الفرع الثاني: المفاوضات وسيلة لتفسير العقد.

العقد عبارة عن توافق إرادتين على إحداث أثر معين، يقتضي أن إرادة أحد الطرفين مطابقة للأخرى وفحوى العقد تكون بمجموعة من العبارات التي يتألف منها كل من التعبيرين المطابقين، لذلك كان لابد في تحديد مضمون العقد توضيح معاني العبارات التي عبر الطرفان عن إرادتيهما المتطابقة وفهم معانيه.

والتفسير عبارة عن عملية ذهنية يقوم بها المفسر بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به.¹

ومما تجدر الإشارة إليه أنه إذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة من خلال الإجراءات التي سلكها كل طرف من أجل تنفيذ العقد بأقل خسارة فلا يجوز للقاضي أن يعدل هذه الإرادة الواضحة إلى إرادة غيرها يفترض أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

" والهدف الأساسي الذي يسترشد به القاضي في تفسير عبارات العقد ونصوصه، هو التعرف على الإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين فلا يكفي بالتالي التعرف على ما أراده أحد الطرفين، بل العبرة بما أراده كلاهما.²"

" كما أن هناك نظرية الإعلان عن الإرادة *déclaration de volante* وبموجبها يكفي وجود إرادة متبادلة دون ضرورة علم الطرفين بها، ويعتبر العقد مبرما منذ إعلان المرسل إليه العطاء عن قبوله له.³"

وفي هذا الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود على «إذا كانت عبارة العقد واضحة امتنع البحث عن قصد صاحبها».

¹ طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 109.

² طالب حسن موسى، مرجع نفسه، ص 112.

³ محمد علي جواد، مرجع سابق، ص 70.

وعلى أنه إذا كانت بعض الألفاظ أو العبارات التي وردت في العقد تتسم بالغموض أو الإبهام يجب على القاضي أن يقوم بتفسيرها ليتوصل إلى معرفة ما اتجهت إليه إرادة الطرفين المتعاقدين فالعبرة أو الألفاظ الغامضة في العقد تثير في ذهن أكثر من معنى، وقد يكون في الأخذ بمعنى دون الآخر، تفضيل مصلحة على الأخرى من المصالح المتقابلة في العقد.

ومما سهل الوصول إلى هذا الهدف الرجوع إلى المفاوضات التي جرت بين المتعاقدين في مرحلة ما قبل التعاقد فالمناقشات التي تدور بين الطرفين خصوصاً.

إذا كانت مسجلة في محاضر اجتماعات أو في مراسلات أو في إيضاحات عملية أو على الطبعة أو وردت في تقارير الخبراء ثم انتهت إلى عبارات معينة أدرجت في العقد يفترض أن معنى هذه العبارات وهو ما انتهى إليه المتعاقدان من فهم مشترك للمسألة من خلال المفاوضات وهذا بخلاف العقود المباشرة، حيث لا يعد الإيجاب في ذاته وسيلة لتفسير العبارات الغامضة للعقد، لأنه تعبير عن إرادة واحدة هي إرادة الموجب وأما القبول وهو التعبير عن الإرادة الأخرى فيعني قبول ما تضمنه الإيجاب بالفهم الذي تبادر إلى ذهن القابل وليس لزاماً أن يكون ذلك هو الفهم أو المعنى الذي أراده الموجب.

" من الحتمي وجوب التعبير عن الإرادة كي تتحول من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية يعتد بها القانون، وهذه الحقيقة تقودنا إلى البحث في تحديد قيمة التعبير في تكوين العقد أي أنه قد تختلف الإرادة الكامنة عن الإرادة المعلنة بسبب غموض في التعبير أو خطأ فيه"¹.

تنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري على أنه " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيع بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم بهم الم يقم الدليل على عكس ذلك ".²

¹ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 62.

² القانون المدني الجزائري

- ويشير إلى أن الاعتماد على المفاوضات لتفسير العقد يبقى خاضع للسلطة التقديرية للقاضي فقد أكدت التجربة ألا يعتد إلا بما هو مضمون في العقد وثبوت الإلزامية.
المطلب الثاني : تمييز المفاوضات عن النظم المشابهة لها.

من خلال ما ارتأينا من تعاريف سابقة للتفاوض إلا أنه يتشابه نوعا ما من المفاهيم الأخرى ولهذا يجب التمييز بين هذه المفاهيم من جهة والتفاوض من جهة أخرى ومن بين هذه المفاهيم المشاورة والمساومة والوساطة .
الفرع الأول: تمييز المفاوضة عن المشاورة.

قبل التطرق إلى التمييز بين التفاوض والمشاورة لابد من تعريف التشاور في اللغة والاصطلاح.

1 - لغة : من أشار إليه أو أوماً إليه بالرأي .

2 - اصطلاحا : طلب الرأي من أهله وإحالة النظر فيه وصولا إلى الرأي الموافق للصواب
والى التلاؤم في الخلافات المطروحة .

"" إن عقد تقديم المشورة عقد رضائي، يتم بمجرد تلاقي إرادتي العميل والاستشاري، أي يتم انعقاد عقد المشورة بمجرد طلب العميل المشورة وقبول الاستشاري ""¹.

وتعتبر المشاورة كعقد يتم بين طرفين ينشئ التزامات متقابلة للجانبين مثله مثل سائر العقود الملزمة للجانبين حيث يلزم استشارة الطرف المتعاقد بمقابل أن يلتزم العميل بدفع الثمن مقابل الاستشارة كما يطبع الثقة المتبادلة بين الطرفين من حيث المحافظة على الأسرار المهنية على غرار المفاوضة أثناء مرحلة المفاوضات تكون تلقائية لا ثمن أو مقابل وهذا ما يميز التفاوض عن فكرة المشاورة فالمفاوضة تأخذ مجالا واسعا من مفهوم المشاورة .
""يقصد بالتشاور تبادل الرأي بين شخص حول مسألة معينة، وذلك لخلق جو من الثقة وجمع إمكانيات بهدف إيجاد حل للمشكلة غير أنه لا يؤدي إلى إيجاد نتيجة فورية ""².

¹ ميرفت ربيع عبد العال، عقد المشورة في مجال نظم المعلومات، رسالة دكتوراه، ص 34.

² حواش جمال، التفاوض في الأزمات والمواقف الطارئة، طبعة أولى، باتراك للطباعة والنشر، سنة 2005، ص 91

ولذلك يمكن أن نزيل الغموض من الوهلة الأولى فيما بين مفهوم التشاور وبين التفاوض فالتشاور ينتج عنه التوصل إلى أفضل خيار بين المتعاقدين واتخاذ القرار المناسب في الوقت المناسب والتعبير عن تواضع الطرف المتعاقد وخفض الجانب للغير أما التفاوض من نتائجه التوصل إلى اتفاق بين المتنازعين وتفادي الصراع والنزاع في المستقبل.

" ويهدف التشاور إلى مجرد إبداء الرأي في مسألة معينة ومن ثمة فإنه يختلف عن المفاوضات التي يكون هدفها دائما محاولة إبرام صفقة أو عقد"¹.

فالتشاور الغاية منه طرح وجهات نظر في تفاصيل الأمور لإيجاد رأي مناسب ويكون أثناء مسار العقد خلافا فيما يخص التفاوض يكون الغاية منه هو إنشاء العقد لتفادي نشوب نزاع قد يقتضي ذلك مستقبلا.

" وزيادة على ذلك، فإن الطرفين المتفاوضين يتقيدان بالاتفاق الذي توصلا إليه من خلال عملية المفاوضات لكن فن التشاور لا أحد يتقيد بما تسفر عنه الاستشارة، لان هذه الأخيرة تؤخذ على سبيل الاستئناس فقط"².

إن التفاوض ملزم بين الأطراف من أجل الاتفاق حول ما يمليه بنود العقد فهو مهارة وعملية ملزمة للجانبين على عكس المشاورة فهي استشارة لا تلزم كلاهما وقد تثار هاته الاستشارة تلقائيا أثناء عملية التفاوض.

وعليه يتضح أن مفهوم المفاوضة أوسع نطاق وأشمل من مفهوم المشاورة فالتفاوض عملية سابقة من اجل الاتفاق والوصول إلى إبرام صفقة أو عقد قد تقتضي فنية تشاورية بين الأطراف دون إلزام كليهما.

¹ علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر سنة 2012، ص114.

² علي أحمد صالح، مرجع سابق، ص 115.

الفرع الثاني: تمييز المفاوضات عن المساومة.

إن التمييز بين المفاوضات والمساومة يكون نوعا ما معقدا خصوصا في ما تطرق إليه بعض الفقهاء في دراسة مفاهيمهما بالرغم من التشابه بين التفاوض والتشاور إلا أن هناك فرق واختلاف بين الاثنين وعليه قبل أن نعرض التمييز بينهما سنوافي تعريفا للمساومة في اللغة والاصطلاح.

1 - لغة: يقال سام يسوم سوما وسواما السلعة عرضها وذكر ثمنها . ويقال ساوم سواما ومساومة بالسلعة غالى بها، أي عرضها بثمن دفع المشتري أقل منه وهكذا إلى أن يتفقا على الثمن¹.

2 - اصطلاحا: هي البيع الذي لا يلاحظ فيه والأخذ والرد في الثمن.

وهناك تعريف من بعض الفقهاء للمساومة بأنها "تبادل المقترحات، بشأن شروط الاتفاق حول مسائل معينة أو حول شروط الاتفاق في مسألة ما"².

وتمييز التفاوض عن المساومة يتمثل في أوجه التشابه لكل منهما باعتبار أنهما يعدان شأن فيما قبل التعاقد أي قبل إبرام العقد والمساومة لها دور أساسي في إطار التفاوض أثناء إبرام العقد التجاري الدولي.

المساومة " تعد من أقدم وأكثر التكتيكات التفاوضية استخداما فلا يكاد أن يمر العقد إلا وتخلله مساومات من كلا الطرفين"³.

أما وجه الاختلاف بين التفاوض والمساومة منها العقود البسيطة التي لا تكون محلا للتفاوض وإنما تكون محلا للمساومة غالبا، كما تكون المساومة نشاطا من طرف واحد على

¹ الامام اللغوي مجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم بن عمر الشيرازي الفيروز ابادي،

القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة، مؤسسة الرسالة اللغة العربية عدد الصفحات 1500 ص 320 .

² أميمة الدهان، ادارة المفاوضات وتنمية مهاراتها في المنظمة، دراسات الجامعة الأردنية عمان، العدد 3، 1986 ص 124.

³ حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة نيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو سنة 2002 ص 91.

خلاف التفاوض الذي لابد أن يكون بين شخصين أو أكثر . " فالتفاوض لا يمكن تصوره إلا في عقد قابل للتفاوض، بينما المساومة قد تتصورها في جميع أنواع العقود"¹.

إن عملية التفاوض في العقد التجاري يمثل شكلاً يعبر عن مساومات أخذ وعطاء فيما بين الأطراف المتعاقدة فلا يخلو أي عقد تجاري أثناء عملية التفاوض من هذه المبادرة في إثراء مسألة معينة بتبادل الاقتراحات بشأن التوصل إلى اتفاق بين المتعاقدين في إطار ما يسمى بالمساومة حيث يكون عادة من خلال التمسك بالثمن الذي عرضه البائع إلى تخفيضه بما يناسب عرض ثمن المشتري وهو تكتيك تفاوضي يمر به العقد التجاري، فالتفاوض لا يكون في عقد غير قابل للتفاوض أي أن المساومة تطرأ في جميع العقود وخاصة العقود اليومية والبسيطة مثل عقد البيع.

إن المفاوضات تثير التفاعل والمشاركة بين الأطراف المتفاوضة من خلال تحديد بنود وشروط العقد التجاري إلى غاية إنجائه في نمط معين وبشكل مشترك فهي تقوم على صورتها الأخذ والعطاء مع تقديم بعض التنازلات من الجانبين في حين تكون المساومة من جانب واحد وتقتصر على الثمن فقط من حيث التخفيض دون أن تتخطى بنود وشروط العقد وهي أسلوب تعامل يجذب العميل في بيع السلعة أو الحصول على خدمة هدفها تحقيق الربح كما تعد المساومة وسيلة من وسائل التفاوض وترد على احد عناصر العقد وهو الثمن دون عناصره الأخرى .

ونخلص إلى القول أن الاختلاف بين المفاوضات والمساومة في أن المساومة ترد من جانب واحد وهو المشتري وعلى عنصر من عناصر العقد وهو الثمن إلا أن هذا التمييز بين الاثنين يبقى دائماً اشمل وأوسع لمفهوم المفاوضات يحوي فكرة المساومة أثناء مسار العقد التجاري الذي يبرم بين الأطراف.

¹ حمودي ناصر، مرجع سابق، ص 92

الفرع الثالث: تمييز المفاوضات عن الوساطة.

يظهر الفرق بين المفاوضات والوساطة كنظامين تبنتهما بعض الآراء الفقهية حول مفهومهما ولإبراز التمييز بين المفاوضات والوساطة لابد من تعريف الوساطة لغة واصطلاحاً.

1 - لغة: جاء في لسان العرب وسط الشيء ما بين طرفيه وأوسط الشيء أفضله وخيار هو وسط الشيء وأوسطه أعدل، وشيء وسيط بين الجيد والرديء¹.

2 - اصطلاحاً: هي احد العمليات التي تتم بين شخصين أو طرفي النزاع وذلك من اجل التوصل إلى اتفاق مناسب أو هي طريقة من الطرق القانونية البديلة التي تستعمل في حل النزاعات والخلافات القائمة بين الأطراف.

-التعريف الفقه الجزائري للوساطة: يعرفها البعض بأنها " أسلوب من أساليب الحلول البديلة لحل النزاعات تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع خارج مرفق القضاء عن طريق الحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد"².

وتعتمد الوساطة في المسائل القانونية وذلك في مرحلة الاتفاق في توضيح الخطوط العريضة في تسوية وحل النزاع من خلال التوصل إلى اتفاق مناسب يرضي جميع الأطراف دون التحيز لطرف آخر كما تتيح للأطراف مناقشة الموضوع وتكون من طرف أشخاص يتمتعون بخبرات هائلة ومهارات في الإقناع لإيجاد حلول وتقييمها في فض النزاع.

كما تعني الوساطة دخول طرف آخر بين أطراف النزاع بهدف مساعدة المتفاوضين على التوصل إلى حل.

¹ محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، دون طبعة وتاريخ جزء، 6 ، ص 4831-4834.

² عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة 3، منشورات بغدادية، الجزائر، 2011، ص 522.

"ويقصد بالوساطة، عمل ودي يقوم به طرف ثالث كدولة أو مجموعة من الدول أو وكالة تابعة لمنظمة دولية أو حتى فرد ذي مركز رفيع في سعيه لإيجاد تسوية للنزاع القائم بين دولتين"¹.

وتختلف الوساطة عن المفاوضات في أنها ليس بديلا لها، ولكنها جزء من العملية الكلية التي تسمى التفاوض، فتتم الوساطة في إطار هذه العملية الكلية وفي هذه الحالة فالوساطة قد تحول المفاوضات من مفاوضات مباشرة إلى مفاوضات غير مباشرة، ولا يمكن اعتبار الوساطة مرحلة واحدة من مراحل التفاوض وإنما هي مرحلة تمهيدا لها، أي ما قبل التفاوض.

ولهذا فالوساطة هي تقنية أخرى لحل النزاعات حيث يشارك الطرف المتعاقد إلى التوصل لنتيجة توافق الآراء من أجل حل المشكلة أو النزاع ويجب أن يكون الوسيط شخصا محايدا ليس له أي خطر على النزاع بين طرفين أو أكثر ويجب أن يكون قرارا مقبولا لدى جميع الأطراف المعنية وأثناء الوساطة تتاح للطرفين الفرصة لتقديم الوثائق والأدلة فيما يتعلق بمطالباتهما ويستدعي الوسيط أيضا الشهود لدى المطالبات ويشجع الوسيط الأطراف على التوصل إلى تسوية وعليه يكمن الاختلاف أيضا.

- في المفاوضات تعمل الأطراف معا لحل النزاع وتبني سياسة العطاء واتخاذها لتسوية أقل من مطالبهم .

- في الوساطة طرف ثالث محايد ونزيه من أجل حل الخلاف وحكمه ملزم للطرفين بتطهير الجمود.

في المفاوضات يلتقي الطرفان بعضهما البعض أما في الوساطة يلتقي الوسيط الأطراف بشكل فردي أو مشترك لتسوية النزاع.

¹ عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 290.

ومن هنا نخلص القول بأن هنالك تشابه كبير أن كلا منهما أساليب بديلة لتسوية المنازعات فالتفاوض يعني مواجهة وحوار مباشر بين أطراف النزاع أما الوساطة تعني دخول طرف آخر بين أطراف النزاع بهدف مساعدة المتفاوضين على التوصل إلى حل كما تعد الوساطة أسلوباً تفاوضي أي جزءاً من عملية التفاوض من خلال التوفيق بين مطالب الأطراف ومساعدتهم في التوصل إلى تسوية مرضية بين الأطراف المتعاقدة.

خلاصة الفصل الأول:

نستخلص من هذا الفصل أن المفاوضات لها أهمية كبيرة من خلال التحضير الجيد في إبرام العقد التجاري الدولي ودورها التفسيري لبنود في حالة الغموض ويتم ذلك بكل حرية وعقلانية تحقيقاً لمصلحة الأطراف المتعاقدة الأمر الذي يغلق باب النزاع كلياً ويفتح مجال التعاقد التجاري في إبرام الصفقات والعقود التجارية مرة أخرى فكلما كان التفاوض قائماً على فكرة الأخذ والعطاء ومبدأ حسن النية كلما زادت العقود التجارية أكثر ازدهاراً وتطوراً توازي مفهوم النهضة الاقتصادية للدول الأطراف.

الفصل الثاني



آثار المفاوضات والمسؤولية المترتبة عنها



المبحث الأول: التزامات الأطراف وطبيعة مسؤوليتها في المراحل التفاوضية

المطلب الأول: التزام بحسن النية

المطلب الثاني: طبيعة القانونية للمسؤولية في المفاوضات التجارية الدولية

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات

المطلب الأول: شروط المسؤولية المدنية

المطلب الثاني: آثار المسؤولية المدنية المترتبة على مفاوضات التجارة الدولية

خلاصة الفصل الثاني

إن الدخول في المفاوضات هو اجتماع إرادة الأطراف على حقيقة العقد المزمع إبرامه، والأصل أن الأطراف أحرار في مرحلة التفاوض، ولهم أن يستمروا في اجرائها أو قطعها دون ترتب أي مسؤولية تجاههم، شريطة مراعاة حسن النية واحترام الثقة المشروعة في التعامل، ونظرا لتطور كبير في مجال التجارة الدولية ووسائل الإنتاج الصناعي، واستخدام المفاوضات في مثل هذه العقود، جعل من عملية التفاوض بمفهومها التقليدي لا يتوافق مع التطور الحاصل، لما تنطوي عليه تلك العقود من مخاطر من جهة وقيمتها الهائلة من جهة أخرى، مما يستوجب صب هذه المفاوضات في اتفاقات وعقود ممهدة للتعاقد، وتنشأ عنها مجموعة من إلتزامات التي تعد مسألة أولية للمفاوضات.

وإذا أخل أحد الأطراف المتفاوضين بأحد هذه الإلتزامات هنا لابد من تدخل قواعد المسؤولية المدنية للإصلاح بين متطلبات التفاوض المتعارضة، ولهذا سنتطرق في هذا الفصل لإلتزامات الأطراف وطبيعة المسؤولية في هذه المرحلة (المبحث الأول) وآثار المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات.

المبحث الأول: الإلتزامات الأطراف وطبيعة مسؤوليتها في المراحل التفاوضية

إن المفاوضات تفرض على طرفيها مجموعة من الإلتزامات، منها ما هو الإلتزام أساسي لا يمكن تصور قيام عملية التفاوض بدونه، لكونه مقترن بمجموعة من المبادئ كرسست لحماية الطرفين المتفاوضين وتدعيم الثقة والأمان بينهما، ألا وهو الإلتزام بحسن النية وما يتفرع عنه من الإلتزامات أخرى سنتطرق إليها في المطلب الأول، وبيان طبيعة مسؤولية التي تترتب على عاتقهما جراء الإخلال بأحد هذه الإلتزامات، وسنتطرق إليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الإلتزام بحسن النية

أما خلو التقنيات المدنية من نصوص لتنظيم مرحلة التفاوض، ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء، واستقر الجميع على وجوب التفاوض بحسن النية.

وحتى يتسنى لنا الالمام بمختلف جوانب هذا الالتزام، سيقسم هذا المطلب الي فرعين نتناول في الفرع الأول مفهوم الالتزام بحسن النية وفي الفرع الثاني الالتزامات الناشئة عنه.

الفرع الأول: مفهومه

يعد الالتزام بالتفاوض بحسن النية إلتزاماً جوهرياً في مفاوضات عقود التجارة الدولية، ويمثل مطلباً أساسياً لنجاحها، لذا لا بد أن تتسم المفاوضات في عقود التجارة الدولية بالصدق والأمانة عند التعامل بالبيانات والمعلومات المتبادلة بين الأطراف وهو مبدأ تأخذ به غالبية النظم القانونية¹.

يعتبر حسن النية في العقود مركباً من جزئين حسن، النية ويمكن تعريف حسن على أنه كلمة تدل على كل ما هو جميل².

ويعرف الحسن في القانون الوضعي على أنه الشعور الأخلاقي لمجتمع معين في عصر معين، وتتمثل الأخلاق المستمدة من الدين والعقل والعرف المستند إلى العقل خاصة في المجتمعات الغربية، أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين فهو ذلك الشيء الذي لا يدرك حسنه أو قبحه إلا من خلال الشرع، فإذا أمر الشارع بالشيء صار حسناً وإذا نهى عنه صار قبيحاً³. أما بالنسبة لمصطلح النية تعددت التعريفات على أنها استقرار القلب على أمر مطلوب وتوجه تام وميل كامل بطريق القصد إلى الأمر المطلوب وتعرف أيضاً أنها القوة المحركة للإرادة نحو الغرض المباشر للشخص⁴.

هي العقد وعزم القلب على شيء معين⁵. أما للمعنى اللغوي لكلمة حسن النية (La

foi) bonn

¹ مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، السنة 6 .

² بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة العربي بن المهدي، أم البواقي، 2013، ص 31.

³ حسن بن هندي بن محمد الهندي العماري، حسن النية وأثره في العقوبة التعزيرية، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، السعودية، 1427هـ، ص 20.

⁴ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 32.

⁵ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانوني المصري «دراسة مقارنة»، مصر، 1997، ص 86.

وقد تعدد تعريف حسن النية إذ عرفه البعض على أنه عبارة عن سلوك قويم يتصف بالمعقولية والعدالة والإنصاف والأمانة في التصرف، وهناك من يعرفه على أنه المبدأ الذي يقضي غياب الأضرار والتصرف وفقا لسلوكيات المعقولة المقررة طبقا للأعراف السائدة،¹ ويرى البعض الآخر بأن الالتزام بحسن النية هو التزام الدائن والمدين ومحل يرد عليه، فهو التزام تبادلي، يلزم المتفاوض بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل.²

ومن رأي آخر أن حسن النية هو التعامل بصدق واستقامة وأمانة مع الطرف الآخر على وجه يبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة التي تم من أجلها التفاوض والالتزام بها كل من الطرفين، بحيث لا يؤدي إلى الأضرار بالطرف الغير دون مبرر نظامي، إذ يتوصل كل طرف إلى حقه بأمانة.³

وبذلك أصبح مبدأ حسن النية يتضمن الالتزام بجدية المفاوضات والنزاهة والصدق وبالإفصاح عن المعلومات ومثال ذلك إذا أقبل أحد طرفي العقد على التفاوض ما وهو يعلم عدم قدرته على تنفيذه أو إذا رفض أحد طرفي التعاقد مقترحات معقولة من الطرف الآخر وقدم بدلا منها غير معقولة إضاعة للوقت، ويعد ذلك وفقا للقانون المدني مخالفا لمبدأ حسن النية.⁴

إن مبدأ حسن النية يمثل ويشكل نقطة امتزاج أو تلاقي بين الأخلاق والقانون مما يجعله صعب التحديد، فمعيار القياس في الأخلاق يختلف عن معيار القياس في القانون مما أدى إلى تباين في مفهوم هذا المبدأ من حالة إلى أخرى، ففي إطار تنفيذ العقود فإن

¹ شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، 2008، ص 30

² نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، ط1، 1982، ص193

³ أحمد بن محمد بن حمين، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، المجلد 1،

العدد38، دار المنظومة، 2017، ص288

⁴ أحمد السيد البهي الشوبري، التفاوض التعاقد، اطاره القانوني وأثره في الالتزام، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية،

العدد الرابع، الجزء الأول، 2019، ص119

حسن النية يعني الأمانة والاستقامة، أما في مجال كسب الحقوق على خلاف القواعد العامة، فيذهب الى عدم العلم بالعييب الذي يشوب التصرف¹ وعليه فإن مبدأ حسن النية لا يشمل مفهوما واحدا لذلك نجد جل التطبيقات تعتمد على معياران هما المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي

أولاً: المعيار الذاتي لحسن النية: يتمثل في الحالة النفسية أي النية وقصد المتعاقدين ذلك أن الشخص قد يكون صاحب نية وقد يكون العكس ويمكن التعرف على هذا الشعور من خلال التعامل بين الأشخاص أو من خلال تفاوض بين طرفين يكون أحدهما ليس لديه نية حقيقية في التعاقد².

ثانياً: المعيار الموضوعي لحسن النية: يكتسي طابعاً أخلاقياً بحتاً، بحيث يشكل قاعدة للسلوك، تتطلب من الشخص مراعاة النزاهة والأمانة والاستقامة³، وحسن النية بمعناه الموضوعي هو الذي نص عليه القانون في مرحلة تنفيذ القانون وتفسيرها⁴.

ومضمون الالتزام بحسن النية هو تحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، بحيث يقتضي على كل طرف أن يلتزم بمقتضاه بحسن النية الواجب الالتزام بها في التفاوض. وذلك بإتباع المسلك المألوف والمعتاد، بعيداً عن الغش والخداع، وما يعرف من كتمان تدليسي ومناورات تفاوضية، ومفاوضات إعاقة وتجسس، تتنافى مع ما يقضي به المبدأ⁵

يعتبر الالتزام بحسن النية مبدأ قانوني في عقود التجارة الدولية ويتمثل ذلك في أن قائمة المبادئ القانونية العامة غير محددة حصراً. رغم وجود عدة تطبيقات في القانون

¹ بوطبالة معمر، الاطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في

العلوم القانونية - كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، 2017، ص 80.

² محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2008، ص 122.

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 393.

⁴ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 123.

⁵ حمدي محمود بارود، نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد - الطبيعة العقدية وآثارها دراسة تأصيلية، مجلة

جامعة الأزهر، المجلد 12، العدد الأول، 2010، ص 736.

المدني إلا أن وضع قانون حسن النية كان له امتياز كبير، الاعتماد عليه لتبرير جميع الحلول خاصة الجديدة واستنباط فروع جديدة لحسن النية.¹

إن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنظيم العقود التجارية لم تنص صراحة على ضرورة احترام هذا المبدأ في عملية المفاوضات، إلا أن هذه الاتفاقيات لم تخل أحكامها من الإشارة إليه مثل اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع 1980م التي أكدت على احترام مبدأ حسن النية،² حيث نصت المادة 1/7: (يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية، وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها، كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية)³

كما أن مبادئ اليونيدروا للعقود التجارة الدولية 1994م قد نصت ضرورة احترام حسن النية في التجارة الدولية، و قد أكدت أيضا على استبعاد أو الحد من هذا المبدأ وضرورة التزام كافة الأطراف به كقاعدة عامة للتعاقد، حيث انها لم تعطي تعريفا محددًا لمبدأ حسن النية، وقد ورد في المادة 5/2: (أنه يعد من قبيل سوء النية على وجه الخصوص الدخول في مفاوضات والاستمرار فيها، دون وجود نية في الوصول الى اتفاق مع الطرف الآخر، اذ انها لم تقتصر تطبيق مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد، بل جعلته يشمل تطبيقه أيضا مرحلة التفاوض على العقد).⁴

إن مبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي السالف ذكره، هو الذي نص عليه القانون صراحة، فقد فرض القانون المدني الجزائري مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، فجعله التزاما أساسيا بمقتضى نص المادة 107: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية).

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 94

² عبد الخالق صالح عبد الله معزب، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية في التجارة الدولية، دراسة قانونية وفقا لاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون التجاري الدولي، المركز الديمقراطي العربي، الطبعة الأولى، 2019، ص 159.

³ المادة 07 من إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع 1980.

⁴ -المادة 02 من مبادئ التوحيد القانون الدولي الخاص (اليونيدروا)، معهد روما، 1994.

أما المرحلة السابقة على التعاقد، فلا يوجد نص خاص يفرض صراحة مبدأ حسن النية في العلاقات بين الأطراف في مرحلة المفاوضات. بالرغم من اهتمام الشراح بدراسة مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقد إلا أن الواقع يستوجب وجود هذا المبدأ أو هذه الفكرة حتى في المرحلة السابقة للتعاقد أي في مرحلة المفاوضات وذلك لتجنب عدم الجدية لتحاكي الاضرار بالمفاوض الآخر.

الفرع الثاني: الالتزامات المتفرعة عن التزام بحسن النية:

يذهب القول أن حسن النية كالتزام أو قيد في مرحلة المفاوضات يجد مصدره في اتفاق التفاوض، وتتفرع عنه التزامات أخرى من شأنها تنظيم سير عملية المفاوضات والزام المفاوضين باتباع سلوك النزاهة سواء وقع التوصل إلى إبرام العقد أو لم يقع ذلك، يدلنا على ثلاثة التزامات وهي: الالتزام بالتعاون، والالتزام بالإعلام، والالتزام بحظر المفاوضات الموازية، والالتزام بالمحافظة عن السرية.

أولاً: الالتزام بالتعاون:

يعتبر الالتزام بالتعاون بين الأطراف المتفاوضة أمر ضروري وأساسي وذلك للوصول إلى الاتفاق الذي سيجسد بالعقد¹، ويبدو ذلك بوضوح في كافة العقود الفنية مثل برامج الحاسب الآلي، ولو احتاج الأمر الاستعانة أو الاستعلام لدى الشركات المتخصصة، ويمكن للعميل أن يطلب من المورد الإيضاحات الكافية في هذا الشأن، ويظل الالتزام بالتعاون قائماً طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة²، ولتحقق اتفاق المبدأ وجب توفر تعهد فيما بين الأطراف بالتعاون، وعادة لا يتم النص الصريح كتابة أو

¹ لظفي محمد حسام محمود، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995، ص14.

² محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 57.

شفاهة على الالتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة (وهذا ما قضت به محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس)¹

يتجسد الالتزام بالتعاون في تحديد مواعيد لجلسات التفاوض واحترام المواعيد المقررة والالتزام بالمرونة والجدية والاعتدال في مناقشة العروض وعدم رفضها دون مبرر أثناء الاجتماعات والنقاشات وتقديم العروض.²

ثانياً: الالتزام بالإعلام:

يعتبر مظهر هام من مظاهر حسن النية في التفاوض، حيث يقرر على كل طرف من أطراف التفاوض بالإفشاء واعطاء كافة المعلومات والبيانات المتوفرة لديه بالنسبة لهذا العقد التي تجري المفاوضات بشأنه، وهذا العقد قد يقبل أحد أطراف على إبرامه وهو ليس على قدم المساواة مع الطرف الآخر، فيزداد حجم هذا الالتزام بالنسبة للطرف المحترف،³ ويقصد به أيضا على انه اعلام المتعاقد الذي في مركز القوة الطرف الآخر بكافة البيانات التي تساهم في تكوين الرضا الكامل، وتمكن المتعاقد الأضعف من الاقدام على ابرام العقد أو التحلل منه إذا شاء.⁴

ومن خلال ما سبق نجد الالتزام بالإعلام له مميزات يتم من خلالها تحقيق غاية المرجوة منه، ومن هذه المميزات:

- استخدام العبارات الواضحة البسيطة الغير معقدة لسهولة استيعاب المتفاوض لمعانيها.

- الالتزام بالصدق والدقة وذلك لتبصير المتفاوض الآخر وتنويره بالعقد المزمع إبرامه.

¹ "من الملائم التأكد على أنه يوجد، بالتوازي مع النصوص القانونية لمختلف القوانين الوطنية في النطاق الخاص بالتجارة الدولية عادات ومبادئ التعاون والمفروضة على كل الممارسين الاقتصاديين للتجارة الدولية، فعلى أطراف العقد الواجب الضمني بتنسيق جهودهم للتعاون، ويتجسد الالتزام بالتعاون في التشاور والمشاركة في إعداد سيناريو أو جدول المفاوضات، وتحديد مكان وزمان إجرائها والتراضي على تحديد الخبراء الفنيين والاستشاريين، والتنفيذ الدقيق لالتزاماتهم...."

² أم كلثوم صبح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد "ماهيته وأحكامها" دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفرغ التشريعي، كلية القانون، جامعة المستنصرية، دون سنة النشر، ص 351.

³ عبد الخالق صالح عبد الله معزب، المرجع السابق، ص 160.

⁴ شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 40

-الشمولية وذلك من خلال إعطاء جل البيانات المتصلة بالعقد التجاري بين الطرفين الذي له تأثير على رضى الطرف الآخر¹، وقد اعتبر القانون المدني الجزائري في هذا الصدد، أن مجرد السكوت عمدا عم واقعة مؤثرة في التعاقد، يعتبر تدليسا يجيز ابطال العقد²، وجاء ذلك في المادة 86 في فقرتها الثانية: (يعتبر تدليسا عمدا عن الواقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

-الادلاء بالمعلومات من أحد طرفي التفاوض الى الطرف الآخر يبدو حاسما لجلاء الرؤية والتفكير واتخاذ القرار الملائم بناء على رضاء مستتير حول الظروف والوقائع المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه.³

والواقع أن هذا الالتزام يتوقف على الأوضاع الخاصة بقدرات أطراف التفاوض والنظر الى خبرتهم وإمكانياتهم، فالقضاء يتشدد في هذا الالتزام بالنسبة للمحترف في مواجهة عدم خبرة الطرف الآخر وعدم علمه بالتفاصيل الفنية، وكذلك الحالات التي يثبت فيها عدم علم الشخص باحتياجات الطرف الآخر، ويضيق الالتزام بالنصيحة عند إجراء الصفقة مع طرف الآخر، ويتجلى الالتزام بالإعلام في صورة تقديم النصح والإرشاد الى الطرف الآخر في مسائل معينة يكون أحد الطرفين ذي خبرة فيها نتيجة إبرامه لصفقات أخرى سابقة مماثلة أو نتيجة احترافه المهني ويسمى كذلك الالتزام بالنصيحة.⁴

ثالثا: الالتزام بحظر المفاوضات الموازية

يعتبر هذا الالتزام بمثابة الشرط الذي يمكن لأي طرف التحلل منه في حالة عدم اشتراط الطرف الآخر لحظر أي مفاوضة أخرى مع طرف ثالث تتعلق بذات الموضوع،

¹ أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص 390.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 417.

³ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني للمفاوضات العقود الدولية، عبر الموقع

اطلع عليه بتاريخ 2020/06/03، الساعة 21:00. <https://mousalawyer.ahlamontada.com>

⁴ أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 353.

وذلك يتوافق مع مقتضيات التجارة ومصصلحة الأطراف، وتتمثل هذه المصلحة في سعي كل طرف للتعاقد مع أفضل عرض قدم إليه.¹

- ويعتبر كذلك على أنه عقد يلزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كلاهما بالامتناع عن إجراء مفاوضات متوازية مع الغير لمدة معينة، ومن صور حسن النية والاستقامة عدم إجراء مفاوضات موازية مع شخص آخر بشأن العملية محل التفاوض والقاعدة العامة أن المفاوضات الموازية جائزة ومشروعة.²

- إن المتعاملين في ميدان الأعمال تجددهم يسعون للوصول الى ابرام أفضل العقود التي تحقق طموحات مشاريعهم وتمكنهم من توسيع نشاطهم التجاري داخليا وخارجيا، ومن أجل تحقيق هذا الهدف نجد أن الطرفين يلجأن الى مفاوضات عقود التجارة الدولية والى إجراء مفاوضات موازية حول موضوع المفاوضات نفسه مع طرف الثالث.³

إن مبدأ حسن النية يأبى أن تتم مفاوضات موازية ويعتبر المتفاوض سيء النية كالطرف الذي يفتح أو يتابع المفاوضات وهو ليس لديه نية في الوصول الى اتفاق والأمر في المفاوضات الموازية كذلك.

رابعاً: التزام المحافظة على السرية

إن الالتزام بالمحافظة على السرية في المفاوضات يعتبر شرطاً مهماً بين الطرفين والذي يقتضي حسن النية، ذلك أنه يجب على المتفاوض الالتزام بالأمانة والصدق وذلك بعدم تسريب أي معلومة للغير أو استخدامها للمصلحة الشخصية.⁴ وتتحصر السرية في المعلومات التي تحتوي كل جزء من المعرفة الحديثة، ولكل جزء من أجزائها يحتوي على

¹ عبد الخالق صالح عبد الله معزب، المرجع السابق، ص 162.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 497.

³ أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص 390

⁴ هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيثاوي، المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي (دراسة مقارنة)، مجلة، العدد الرابع

والثلاثون، الجزء الثالث، جامعة بنها، مصر، ص 126.

سر، وتتمثل السرية في عدم إفشاء الأسرار التي تأثر على موقعه أو تقلل من الفوائد العائدة الى المتفاوض على الصعيد التنافسي.¹

قبل التطرق لمفهوم الالتزام بالمحافظة على السرية يجب تعريف المعلومات السرية والتي هي عبارة عن مجموعة المعلومات التجارية والإدارية والمالية والفنية التي يحوزها مشرع ما، أو يستخدمها في مزاوله عمله، والتي لها قيمة اقتصادية لسريتها وفعاليتها الحالية، ويصعب الحصول عليها بطريقة مشروعة²

وقد عرفت المحكمة الفرنسية العليا المعلومات السرية بأنها (وسيلة تصنيع أو عملية تستخدم في الأعمال التجارية والتي تعطي صاحبها ميزة تنافسية على هؤلاء الذين لا يعرفونها) .

يعرف الالتزام بالمحافظة على السرية على أنه الالتزام الذي يفرض على المتفاوض التزام الصمت بخصوص كل ما يصل الى علمه أو يكتشفه أثناء سير المفاوضات، من خلال المناقشات والمستندات والأبحاث والدراسات التي تصب في سياق العقد المزمع إبرامه.³

أما البعض الآخر، فيعرف الالتزام بالمحافظة على السرية المعلومات بأنه يعني معلومات ذات قيمة اقتصادية مستقلة، سواء كانت صيغا أو نماذج أو برامج، أو أسلوبا أو تقنية أو وسيلة.⁴

إن مصدر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو مبدأ حسن النية، وقد يقرر قانون العقد أنه لا يلزم الاتفاق الصريح على الالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات حتى يلتزم به طرفا التفاوض.⁵

¹ حمدي بارود، المرجع السابق، ص 857.

² أحمد بن فهد بن حمين، المرجع السابق، ص 391

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 481

⁴ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 133

⁵ أم كلثوم صبيح محمد، المرجع السابق، ص 306

ومن أبرز الاتفاقيات الدولية التي أكدت على فرض هذا الالتزام، مبادئ اليونيدروا 1994 فلقد شددت على ضرورة الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات في مرحلة التفاوض على العقد التجاري الدولي، بالامتناع عن إفشائها أو تسريبها عند فشل المفاوضات، سواء تم اتفاق الصريح ينظم الالتزام بالمحافظة على السرية أو لم يتم، وهذا ما جاءت به المادة 1/16 من مبادئ اليونيدروا: (عندما تعطي معلومات على أنها سرية من قبل طرف في فترة المفاوضات، يكون الطرف الآخر تحت واجب عدم الكشف تلك المعلومات، أو استخدامها بشكل غير مناسب مع غرضه، سواء تم إبرام العقد لاحقاً أم لا، وكلما كان ملائماً فإن التعويض عن خرق هذا الواجب، قد يتضمن تعويضاً بالمنفعة التي حصل عليها الطرف المقابل)¹.

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري لم يأتي بذكر الالتزام بمحافظة على السرية في مرحلة المفاوضات بشكل صريح، غير أن وجوب الالتزام بحسن النية في مجال تنفيذ العقد، والذي يمتد الى مرحلة التفاوض على رأي الفقه، كما تم الإشارة للمادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه (ينفذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية)، فمبدأ حسن النية يفرض التزاماً على الطرف الذي تلقى المعلومات السرية بالمحافظة عليها، وذلك بعدم إفشاءها أو استغلالها لصالحه دون إذن صاحبها).

وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة 107 من القانون المدني (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف، وبحسب طبيعة الالتزام)، ومن مستلزمات العقد مرحلة التفاوض عليه وأن يلتزم بالامتناع عن إفشاء أو استخدام المعلومات السرية.²

-يقوم الالتزام بالمحافظة على السرية على شرطين أساسيين هما: الأول يتمثل في امتناع من إفشاء المعلومات السرية أي على الطرف المتفاوض الحائز على المعلومات الكتمان عدم

¹ المادة 16 من مبادئ توحيد القانون الدولي الخاص (اليونيدروا)، معهد روما 1994

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 145

البوح بها للغير أما الشرط الثاني يتمثل في الالتزام بعدم استخدام المعلومات السرية أي أن على المتفاوض الذي يطلع على المعلومات عليه ألا يستعملها لحسابه الشخصي دون أخذ الإذن من الطرف الآخر المتفاوض.¹

أهمية الالتزام بالمحافظة على السرية:

إن الالتزام بالسرية في التفاوض يحقق الحماية القانونية لصاحب المعلومة، ونجده من الناحية العملية نجد أن شخص يقوم بتسريب الأسرار إذ يكون من مستخدمي العهد الباطني، أو من قبل الغير الذي حاز على الجدارة نتيجة اتصال ومعرفة سرية.²

إن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات له أهمية كبيرة في مفاوضات التجارية الدولية ذلك أنها تنصب في أغلب الأحيان على صفقات ذات طابع تقني تكنولوجي معقد. بحيث على المتفاوض الاحتفاظ بالمعلومات الكاملة التي تتعلق بصفقة تجارية معينة والتي تعتبر مهمة بالنسبة له ولا يعطيها للغير أو أن يستخدمها لحسابه الشخصي دون إعلام الطرف المتفاوض الآخر.

- ويتميز الالتزام بالمحافظة على السرية بوجهان الأول يتمثل في سرية المفاوضات والمناقشات التي تجري بين الطرفين من حيث شروط إبرام العقد، أما الوجه الثاني يتمثل في سرية التكنولوجيا موضوع العقد، وهو أمر على درجة كبيرة من الخطورة خاصة إذا كانت الصفقة موضوعها نقل التكنولوجيا.³

- إن غياب الاتفاق على هذا الالتزام لا يؤثر في وجوده، فالأساس أو مصدر الالتزام بالمحافظة على السرية المعلومات هو مبدأ حسن النية.

المطلب الثاني: طبيعة القانونية للمسؤولية في المفاوضات التجارية الدولية

ترتبط الالتزامات الناشئة عن المفاوضات ارتباطاً وثيقاً بتحديد طبيعة المفاوضات. هل هي مجرد واقعة مادية، لا تنشأ عنها التزامات إلا التي يفرضها الواجب العام القاضي بعدم

¹ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 135

² حمدي بارود، المرجع السابق، ص 858

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 483

الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف على نحو يلحق الضرر بالغير فنكون أما المسؤولية التقصيرية، أم أن الإرادة تظهر في المفاوضات فتضفي عليها وصف التصرفات القانونية، بصبها في اتفاق، يرتب التزامات على طرفي المفاوضات لتفعيلها باتجاه تحقيق الهدف المنشود منها وهو الوصول لإبرام العقد محل التفاوض. أو الوصول الى قناعة تامة عدم التعاقد مما يرتب المسؤولية العقدية.

فقد احتدم الخلاف بين الفقه والقضاء حول طبيعة المسؤولية الناشئة عن المفاوضات، فوجب التمييز في ذلك بين المفاوضات غير المصحوبة بعقد التفاوض والمفاوضات المصحوبة بعقد تفاوض.

الفرع الأول: المفاوضات غير المصحوبة بعقد تفاوض

يقصد بها تلك التي تجري بين الطرفين المتفاوضين، دون وضع تنظيم إتفاقي ينظم عملية المفاوضات.¹ وذلك يطرح إشكالية وخصوصا في ظل غياب نص قانوني ينظم العلاقة بين الطرفين، فضلا عن عدم وجود اتفاق صريح بالتفاوض، لذا يطرح تساؤل حول القيمة القانونية لهذه المفاوضات؟ وما طبيعة مسؤوليتها؟ سنحاول إجابة على هاته تساؤلات باستعراض موقف القانون المقارن فيما يلي:

1- القانون الفرنسي: لا يوجد أي نص في التقنين المدني الفرنسي، خاص يحكم مرحلة المفاوضات، فهي مجرد عمل مادي غير ملزم فبمجرد الدخول في المفاوضات، لا ينشئ على عاتق الطرفين المتفاوضين أي التزام قانوني، طالما أن العقد لم ينعقد بعد، ولكل طرف مطلق الحرية للدخول في المفاوضات أو الانسحاب منها في الذي يشاء دون أن يتعرض لأية مسؤولية.² لأنها تخضع لمبدأ الحرية التعاقدية، وفي حالة ما إذا وقع ضرر لأحد طرفي المفاوضة خارج اتفاقات التفاوض فقواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في

¹ محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 125.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 669.

المادتين 1382 و1383 من قانون المدني الفرنسي وحدها واجبة التطبيق على المسؤولية ما قبل العقدية عن قطع المفاوضات.

وقد شبه الفقهاء الفرنسيون مرحلة المفاوضات في ظل غياب اتفاق التفاوض بمرحلة الخطوبة، فالتشابه واضح بينهما أي لأن التزام بإبرام عقد القران، وكل واحد منهما يجوز له فسخ الخطوبة في أي وقت شاء، لكن دون الأضرار بالطرف الآخر وإلا تقوم المسؤولية التقصيرية في مواجهة الطرف المسؤول عن الضرر وقد سائر القضاء الفرنسي هذا الموقف إذا رفض وجود واجب الوفاء في الخطبة الذي يوجد فقط بين الأزواج، لكن يوجد واجب الاستقامة كما هو الحال في المفاوضات¹.

2- القانون الأنجلوأمريكي: يختلف مفهوم العقد في القانون الانجلوأمريكي، عن مفهومه في القوانين الأوروبية، يعتبر أن العقد ينتج عن مفاوضات بين أطراف متكافئة، ويتعين على كل فرد الاهتمام بمصالحه الخاصة، فالقانون الأمريكي لا يفرض قيودا على عاتق الأطراف المتفاوضة، ولهم كامل الحرية في التفاوض، حتى لا يحجم الناس عن الدخول في المفاوضات، ويصعب التعامل بين الأشخاص وهذا الأمر ينعكس على التجارة والمعاملات التجارية بالسلب، فالمفاوضات في القانون الأمريكي تقوم على احتمال والمخاطرة.

القانون الأمريكي ينص على الالتزام بمراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 205 من تقنين العقود الأمريكي بقولها (يلتزم كل طرف في العقد بالتصرف بحسن النية وأمانة عند تنفيذه) ويعني أن الالتزام بحسن النية مقتصر على تنفيذ العقد فقط، ومع ذلك يمكن أن يرتب المسؤولية التقصيرية، إذا لجأ أحد الطرفين الى الغش أو التدليس أثناء عملية المفاوضات².

¹ بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2006، ص 66.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 673، 674.

لا يعترف القانون والقضاء الإنجليزي بالاتفاقات والعقود التمهيدية التي تحدث مرحلة المفاوضات¹، ويرجع ذلك لسببين فالأول لا يكفي لانعقاد العقد تطابق الارادتين فإنه يستند على المقابل المادي، لكي يعتبر عقدا ملزما من الناحية القانونية، والسبب الثاني يرجع لعامل المخاطر والاحتمال الذي يحكم مصير المفاوضات، مما يتعين على كل متفاوضان يتوخى الحيطة والحذر. غير أن القضاء الانجليزي بدأ يربط المسؤولية التقصيرية على المفاوضات إذا ثبت أن أحد الأطراف ارتكب غشا أو تدليسا أو دخل المفاوضات بهدف الحصول على المعلومات السرية².

3- القانون الجزائري: حاول المشرع الجزائري أن يواكب التطور الذي تشهده المعاملات التجارية والاقتصادية الذي فرض ضرورة اللجوء الى تقنية المفاوضات للتمهيد لإبرام العقود النهائية المهمة، لذا فقد نص مثلا في المادة 4/85 من القانون رقم 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات على أنه (تحدد الأسعار والعقود عن طريق التفاوض الحر بين المتعاملين والمعنيين³) إن الإشارة للتفاوض في هذا النص جاءت عامة ويبقى أن المشرع الجزائري لم ينظم عملية التفاوض، لم يتطرق القانون المدني لمرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، حيث نجد جل نصوصه تنصب على تنفيذ أطراف العقد لالتزاماتهم التعاقدية وكذا المسؤولية المترتبة على إخلال بها.

فقد نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية)

-وحول موقف القضاء من هذه المفاوضات وخصوصا في ظل غياب الاجتهادات القضائية المتعلقة بمرحلة التفاوض وذلك راجع الى قلة ما تثيره هذه المرحلة من منازعات أمام القضاء الجزائري وذلك يرجع لسيطرة التصور التقليدي لإبرام العقد، وبالتالي كان لا بد من الرجوع

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، بحث منشور في الموقع

<https://mousalawyer.ahlamontada.com/t1647-topic:https> //طلع عليه بتاريخ 2020/06/03، الساعة 21:00.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 675.

³ المادة 85 من القانون رقم 01/02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 .

إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية ولا سيما قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة 124 المعدلة من القانون المدني الجزائري (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض). فمرحلة التفاوض تخضع لمبدأ الحرية، إلا أن هذه الحرية مقيدة في حدود عدم الإضرار بالغير¹.

الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة بعقد التفاوض

وهي تلك المفاوضات التي تتم بناء على عقد صريح بين الطرفين، وذلك بأن يتفق الطرفان بالدخول في المفاوضات من أجل إبرام عقد معين، ويتضمن هذا الاتفاق تنظيم العلاقة بين الطرفين المتفاوضين، بتحديد ورسم المسالك الإجرائية للمفاوضات، منذ لحظة بدئها إلى لحظة انتهائها وقد كثرت هذه الصورة من صور التفاوض في العصر الحديث، خاصة في العقود المهمة. حيث تتحول من مجرد عمل مادي غير ملزم، إلى تصرف قانوني منشأ لآثار تتغير المسؤولية من تقصيرية إلى عقدية² وسنتطرق لموقف الفقه والقضاء المعاصرين من المفاوضات المصحوبة بعقد التفاوض ببيان كل قانون من هذه المسألة.

1- القانون الفرنسي: لم يتردد الفقه والقضاء في فرنسا في الاعتراف بعقد التفاوض واعتباره اتفاقاً حقيقياً، يرتب على عاتقه الطرفين المتفاوضين، التزامات حقيقية يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية العقدية، بل أن القضاء الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك، فقد اجتهد في تكييف الاتفاقات قبل التعاقدية تماشياً مع إرادة الأطراف (مبدأ الرضائية)، حيث يستخلص القاضي وجود عقد تفاوض بين طرفين بالرغم من عدم تعبيرهما عن هذا العقد صراحة حتى وإن أنكارا ذلك، ويمكن للقاضي أن يستشف عقد التفاوض من خلال الوثائق والمستندات المتبادلة بين الطرفين في الفترة قبل التعاقدية أو من خلال وقائع القضية نفسها.³

¹ بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، المرجع السابق، ص 68.

² أحمد محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد 49، العراق، 2016، 426.

³ حكم محكمة النقض الفرنسية في 1931/10/10

2- القانون الأنجلوأمريكي: المفاوضات في الفكر السائد في القانون الأمريكي والإنجليزي تقوم على الاحتمال والمخاطر، ولذا يجب على كل متفاوض أن يتوخى الحيطة والحذر (قاعدة فليحتس المشتري)، ونتيجة لفلسفة السائدة عن مفهوم العقد، التي تشترط المقابل المادي للقيام العقد لهذين السببين، القانون الأمريكي والإنجليزي لا يعترفان بعقد التفاوض من حيث الأصل، ولا بالعقد الذي يبرم بهدف إبرام عقد آخر، والإخلال بالتزام العقدي لا يرتب عليه المسؤولية العقدية¹.

غير أن المحاكم الإنجليزية بدأت تتجه حديثا الى الاعتراف بعقد التفاوض، وترتب عليه بعض الآثار القانونية خاصة إذا جاء التعبير صريحا في شكل رسائل نية، فالمحاكم الأمريكية شأنها شأن المحاكم الإنجليزية، وهو ما ظهر جليا في قضية تكساسكو الشهيرة.

3- القانون الجزائري: لا يوجد نص في القانون الجزائري خاص بتنظيم مرحلة التفاوض على العقد، بصفته وسيلة يتم تأسيس المسؤولية الملقاة على عاتق الأطراف المتفاوضة جراء الإخلال بأحد الالتزامات التي تمليها مرحلة المفاوضات على أساسه، وبالتالي فإن المشرع الجزائري أخذ موقفا ضمنيا لعدم الاعتراف بعقد التفاوض².

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات

- تنعقد المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض عقود التجارة الدولية حالها حال العقود الأخرى، مما يستوجب تحديد المسؤولية الناتجة عن مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية، وذلك من خلال دراسة شروط قيامها، في حالة ما أخل باتفاق التفاوض ونشوء المسؤولية العقدية من جهة، وفي حالة وقوع خطأ تقصيري في مفاوضات ونشوء المسؤولية التقصيرية من جهة أخرى، وهذا ما سنتطرق إليه في المطلب الأول، وآثار المترتبة عن كل مسؤولية وسنتطرق لها في المطلب الثاني.

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 725.

² المرجع نفسه، ص 726.

المطلب الأول: شروط المسؤولية المدنية

سنتطرق في هذا المطلب شروط قيام المسؤولية المدنية، وسيقسم الى فرعين، الفرع الأول شروط قيام المسؤولية العقدية، الفرع الثاني قيام المسؤولية التقصيرية.

الفرع الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية

تعرف المسؤولية العقدية على أنها حالة المتعامل التجاري الذي يخالف الالتزام العقدي فيخل بشروط العقد التجاري الدولي المتفق عليه، أما من الناحية الدولية فإنها تتمثل أنها تنشأ عن اخلال الدولة بالتزاماتها التعاقدية كأن تخل الدولة بالمعاهدات التي أبرمتها مع الدول الأخرى.¹

تشتطر المسؤولية العقدية على وجود عقد واجب تنفيذه وعدم تنفيذه يرجع الى خطأه، وذلك حسب المادة 176 من قانون المدني الجزائري (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه. مالم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت بسبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

-تقوم المسؤولية العقدية عن الإخلال بعقد التفاوض، عند توافر عقد صحيح بين المسؤول والمضروب، حيث تقوم المسؤولية العقدية بمناسبة الخطأ الواقع بعد إبرام العقد شريطة أن يظل العقد صحيحا نافذا وأن ينشأ الضرر بسبب الاخلال بالتزام عقدي.

ويشترط لقيام المسؤولية العقدية عن الاخلال بعقد التفاوض، توافر ثلاثة شروط وهي الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية.

أولاً: الخطأ العقدي

سنتناول في هذا الفرع، تعريف الخطأ العقدي، ثم نبين أهم الصور التي يمكن أن يتخذها هذا الأخير أثناء مرحلة المفاوضات.

¹ قدة حبيبة، التعويض عن المسؤولية في التجارة الدولية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد التاسع، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2018، ص819.

1-تعريف الخطأ العقدي

اختلفت نظرة الفقه في تعريف الخطأ من ناحيتين الأولى بالاعتبار حالة الشخص المسؤول وتمييزه، ومن الناحية الثانية تسوع مدلول كلمة الخطأ تندرج تحتها معاني لا حصر لها من السلوك الإنساني، وقد عرفه البعض بأنه عدم تنفيذ المدين للالتزام المترتب عن العقد والذي نشأ في ذمته، باعتباره طرفاً من أطراف العقد.¹

ويتحدد الخطأ العقدي في حالة عدم تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق الطرف المتفاوض، فقيام أي من أطراف التفاوض بقطع المفاوضات دون سبب، فإن هذا الطرف يكون قد ارتكب خطأ بحق الطرف الآخر يوجب عليه المسؤولية نتيجة عدم التزامه بمبدأ حسن النية في التفاوض.² وفي جميع الأحوال لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية عدم تنفيذ الالتزامات العقدية بل يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ المدين (المتفاوض المخل) ويقع على الدائن عبء الإثبات الخطأ العقدي للمدين.³

ان القانون المدني الجزائري يجبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية، والنصوص القانون التي تقيد هذا المعنى كثيرة ومتعددة منها المادة 106 التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، والمادة 107 التي تنص بأنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية، والمادة 164 التي تجبر المدين بعد أعذاره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزاماته عينا متى كان ذلك ممكناً.⁴

ويتخذ الخطأ العقدي أكثر من مظهر قانوني فهو بذلك يختلف باختلاف نوعية الاخلال الذي يرتكبه المدين وبالتالي قد يتمثل في امتناع أحد المتعاقدين عن التنفيذ العيني

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 732.

² مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية لتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص 73.

³ قدة حبيبة، المرجع السابق، ص 823.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 267.

للاللتزام كلياً في شكل تأخر في التنفيذ.¹ وإن عدم التنفيذ تختلف صورته، وذلك بالنظر الى نوع الالتزام، فقد يكون التزام بتحقيق غاية أو نتيجة، وقد يكون التزاماً ببذل عناية أو وسيلة، ذلك أن تحديد عدم التنفيذ يتوقف على تحديد مضمون الالتزام ذاته.

1- صور الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات:

الخطأ في مرحلة المفاوضات يكمن في مخالفة تعهد أو التزام وصوره مختلفة ومتعددة: أ- **رفض الدخول في المفاوضات:** قد يتفق متعاملان صراحة أو ضمناً على أن يتفاوضا على عملية أو صفقة في المستقبل، فينشأ عن اتفاقهما إلتزام كل منهما الدخول فعلاً في التفاوض في الموعد المحدد فإذا رفض أحد الطرفين الدخول في التفاوض أو تأخر في الدخول، أعتبر مخلاً بالتزامه التعاقدى بالتفاوض ومن ثم تنشأ مسؤوليته التعاقدية، فمجرد الامتناع عن البدء في التفاوض يعد خطأ عقدياً وذلك لأن الإلتزام بالدخول في التفاوض هو التزام بتحقيق نتيجة.²

ب- **قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع:** من أهم صور الخطأ في مرحلة التفاوض، وأكثرها حدوثاً في الحياة العملية، التي تؤدي الى فشل المفاوضات، ويتم قطع المفاوضات دائماً، بقرار من جانب واحد يتخذه أحد الطرفين، ليضع حداً للمفاوضات الجارية، دون الإستناد في ذلك لسبب جدي، يعد خطأ عقدياً يستوجب قيام المسؤولية العقدية.

إن معيار التفرقة بين قطع المفاوضات المشروع والغير مشروع هو المعيار الموضوعي، يتمثل في المبرر المشروع، فإذا كان سبب قطع المفاوضات غير مشروع، فإن هذا يتنافى مع مبدأ حسن النية والأمانة والصدق في التعامل.

-ومن الأمثلة الإنهاء التعسفي للتفاوض، قطع المفاوضات بصورة مفاجئة وبقرار منفرد دون مبرر مشروع، رغم أنها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة ويعلم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل العقد، وتعهد تركه في حالة من الغموض بالنسبة

¹ قدة حبيبية، التعويض عن المسؤولية في التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 824 .

² براهامي فايضة، التزام الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2009، ص 151.

لمصير المفاوضات حيث يتعين مكاشفة المتفاوض بالرغبة في إنهاء التفاوض في الوقت المناسب¹.

- ويكون السبب المشروع، لقطع المفاوضات أو الانسحاب منها، لأنه تلقى عرضاً بديلاً من الغير، بشروط أفضل من التي قدمها المتفاوض معه، وهذه الشروط الجديدة تتسجم مع الأهداف المرجوة من التعاقد.

- ويستوي أن يحصل إنقطاع المفاوضات قبل صدور الإيجاب أو بعده، ففي الحالة الأولى يظل الأطراف أحرار في إبرام العقد النهائي أو الانسحاب من المفاوضات بدون أي تبرير، في غير الحالات التي يوقع فيها المتعاملون على عقود التمهيديّة.

أما في الحالة الثانية، فتسري على المفاوضات أحكام الإيجاب، هذا الأخير ليس له أثر قانوني ما لم يتصل بعلم من وجه إليه².

ج- إستفزاز المتعاقد الآخر: يلجأ المتفاوض الراغب في إنهاء التفاوض الى هذا الأسلوب حتى ينأى بنفسه عن المسؤولية، فيستمر ظاهرياً في المفاوضات، إلا أنه يتخذ مواقف وأساليب غير معقولة تستفز الطرف الآخر وتحمله على إنهاء المفاوضات³، والحقيقة أن التصرف الاستفزازي، يتنافى مع مبدأ حسن النية والتعامل بالشرف والنزاهة، وأن المتفاوض الذي يقوم بهذا الفعل يعتبر مخطئاً وتقوم مسؤوليته العقدية.

د- مخالفة الالتزامات التفاوضية: هناك مجموعة من الالتزامات يفرضها مبدأ حسن النية كمبدأ عام، وقد يوجد اتفاق صريح يلزم الأطراف على ضرورة احترامها (كما سبق شرحه).

- كالإخلال بالالتزام بالإعلام، كل طرف مفاوض يقع عليه عبء التزام بإعلام الطرف الآخر بأية واقعة من شأنها التأثير على قراره النهائي، فإذا ما أخل المتفاوض بهذا الالتزام

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 60.

² براهيم فايضة، المرجع السابق، ص 153.

³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 61.

بالإعلام، وأدى ذلك الى فشل المفاوضات، فإنه بذلك يكون الطرف الآخر قد ارتكب خطأ عقدي يعرضه للمسؤولية.¹

-ويتمثل الخطأ العقدي أيضا في مرحلة المفاوضات العقدية في حالة قيام أحد الأطراف بالاطلاع على الأسرار الطرف الآخر نتيجة المفاوضات وقيامه باستغلال وإفشاء تلك الأسرار لأغراض خاصة به، فعندئذ يعد مخطئا نتيجة إخلاله بالالتزام بالمحافظة على الأسرار التي يتم الاطلاع عليها أثناء التفاوض، فتقوم عليه المسؤولية العقدية²

ثانيا: الضرر في العقد

يعتبر الضرر الصورة الملموسة التي تتمثل فيها نتائج الخطأ العقدي، وهذا يعني أن الخطأ إذا لم يترتب عنه ضرر فإنه لا مجال لإعمال قواعد المسؤولية العقدية³، والضرر في مرحلة المفاوضات، إما يكون ماديا أو معنويا، أما الضرر المادي فهو كل ما أصاب المتفاوض من خسارة، وما فاته من كسب. في حين نجد بأن الضرر المعنوي يتمثل في كل مساس بكرامته أو شرفه، كأن يؤدي قطع المفاوضات الى الإساءة الى سمعته التجارية. وتطبيقا لقواعد المسؤولية العقدية فإنه يشترط في الضرر واجب التعويض عنه، ثلاثة شروط وهي أن يكون مباشرا، ومحققا، ومتوقعا.

أن يكون الضرر مباشرا أي ارتباط الضرر بالخطأ العقدي، الضرر الذي أصاب المضرور يكون نتيجة طبيعية، لخطأ المتفاوض، لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه. أن يكون محققا هو ذلك الضرر الذي وقع فعلا، مثل النفقات التي تحملها المتفاوض المضرور بالفعل، او أن يكون قابل التحقيق في المستقبل، أما أن يكون محتملا، أي لن يقع فعلا، وغير محقق الوقوع في المستقبل، فهذا النوع الضرر، لا يعرض عنه إلا إذا تحقق بالفعل.

¹ قرار محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 17/11/1993.

² مصطفى خضير النشمي، المرجع السابق، ص 75.

³ عبد القادر عرعاري، مصادر الالتزامات(المسؤولية المدنية)، دار الأمان، الطبعة الثالثة، الرباط، 2011، ص42.

أن يكون الضرر متوقعا أي مما يمكن توقعه عادة، وقت الاتفاق على الدخول في التفاوض، وهذا الا في المسؤولية العقدية، أما إذا كان المتفاوض المضرور قد أنفق نفقات زيادة لا تتناسب وحجم المفاوضات، فلا يمكن تعويضها إنما يقتصر التعويض على المتوقع منها فقط¹.

ثالثا: العلاقة السببية

تشكل الرابطة السببية شرطا أساسيا في المسؤولية العقدية خاصة، والمسؤولية المدنية عامة، خلال المعاملات التجارية، لأنه يمكن نسب الضرر الى الخطأ إذا لم تكن هناك علاقة سببية تجعل الخطأ علة الضرر، ويشترط في أن تكون الرابطة السببية في مجال التجارة الدولية من الأمور الشاقة والعسيرة نظرا لتعقيدات المعاملات في هذا الشأن فقد ترجع أسباب الضرر الى عوامل بعيدة عن الأطراف العقد أو عوامل خفيفة تعود إلى طبيعة محل العقد. إن من الملاحظ بين الخطأ والضرر وجود علاقة قائمة بينهما، فلا يكلف الدائن بإثباتها بل يكفي أن يثبت أن الضرر الذي أصابه هو نتيجة معقولة لخطأ المدين (المخل) وان أثبت ذلك قامت قرينة قضائية على العلاقة السببية،² ويقع على الطرف المدين عبء نفي علاقة السببية إذا ادعى أنها غير موجودة، كأن يقدم دليلا على أن الضرر راجع لسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو بفعل الغير أو ان الخطأ يرجع الى المضرور نفسه.

وهذا ما أكدته المادة 127 من القانون المدني الجزائري حيث نصت على أنه: (إذا أثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك).

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 370-371.

² قدة حبيبة، المرجع السابق، ص 825

الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية التقصيرية

وتعد المسؤولية التقصيرية أحد أنواع المسؤولية المدنية وتنشأ بسبب الاضرار غير المشروع بالغير، فهي بذلك تنشأ بعيداً عن الالتزام العقدي ويكون مصدر الالتزام بها القانون، أي الإخلال بواجب فرضه القانون، فعندما يضر شخص ما بشخص آخر فإنه على أثر هذا الضرر التعويض للشخص المتضرر من فعله.¹

تعرف المسؤولية التقصيرية على أنها حالة المتعامل التزم يفرضه عليه قانون التجارة الدولية، ومن الناحية الدولية تعتبر نوع من المسؤولية التي تنشأ عن أفعال أو تصرفات صادرة عن إحدى سلطات الدولة أو هيئاتها العامة.²

يشترط لقيام مسؤولية المتفاوض التقصيرية بسبب فشل المفاوضات توافر ثلاثة شروط وهي:

أولاً: الخطأ التقصيري

وسنتطرق في هذا الفرع على، تعريف الخطأ التقصيري، ونوضح أهم صور الخطأ التقصيري في مرحلة المفاوضات.

1- تعريف الخطأ التقصيري

يقصد بالخطأ التقصيري هو الانحراف عن السلوك المألوف أو المعتاد للرجل العادي أي إثبات أن أحد الأطراف قد انحرف عن سلوكه العادي اليقظ، ونلاحظ أن هذا الخطأ يقاس بمعيار موضوعي إذ يتم مقارنة سلوك المتفاوض العادي من بين أوسط الناس.³

يتمثل الخطأ في أن يقصد المسؤول الاضرار بالمضروب أو على الأقل أن يكون المسؤول مميزاً يدرك نتائج أفعاله ولم يتخذ من الاحتياطات ما يدرأ نتائجها الضارة، وأن

¹ عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية والالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الخامسة، 2012، ص354.

² قدة حبيبة، المرجع السابق، ص 819

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 690

يكون قادرا على الوفاء بالتزامه ببذل العناية اللازمة بعدم المساس بحقوق الآخرين.¹ حيث تتعدّد المسؤولية التقصيرية، في كل مرة يثبت فيها اقتران العدول عن التعاقد بخطأ يرتكبه أحد الأطراف المتفاوضة، وألحق هذا الخطأ ضررا بالطرف الآخر.²

2- صور الخطأ التقصيري في المفاوضات

يتخذ الخطأ التقصيري في مرحلة التفاوض عدة أشكال الأكثر حدوثا في الحياة العملية تتمثل في:

أ-مفاوضات التجسس: حيث يدخل الشخص التفاوض دون أن تكون لديه أي نية للتعاقد، إنما هدفه الوحيد معرفة أسرار الطرف الآخر، والاطلاع على أفكاره وبمجرد حصوله على المعلومات التي يرغب فيها³، تراجع وانسحب من دائرة المفاوضات دون سبب موضوعي.

وهذا نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 15-2 من مبادئ اليونيدروا 1994(يعتبر سيء النية خصوصا الطرف الذي يفتتح أو يتابع المفاوضات وهو يعلم أن ليس لديه النية في الوصول الى اتفاق)⁴.

ب-مفاوضات إضاعة الفرصة(الإعاقه): ويقصد بها المفاوضات التي يهدف بموجبها أحد المتفاوضين ليس التفاوض الجدي من أجل تحديد شروط العقد النهائي وإبرامه، إنما يرمي لإعاقه وتعطيل الطرف الآخر عن التفاوض وإضاعة فرصة التعاقد عليه.⁵

ج-التفاوض على ملك الغير: ويتجلى في الحالة التي يقوم فيها أحد الأطراف بدخول في مفاوضة من أجل التصرف في مال معين، دون أن يكون مالكا له، فيستوجب قيام المسؤولية التقصيرية.

¹ أيمن أبو العيال، العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)، الموسوعة العربية القانونية المتخصصة، المجلد السادس، دون سنة النشر، ص12.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 690.

³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 61.

⁴ المادة 15 من مبادئ توحيد القانون الدولي الخاص، روما، 1994 .

⁵ براهيم فايزة، المرجع السابق، ص 158.

يلتزم المتفاوض على ملك الغير، بالتعويض حتى ولو حسن النية، بحيث كان المال المتفاوض عليه غير مملوك للطرف الآخر وذلك قياساً على حكم المادة 399 من قانون المدني الجزائري المتعلقة ببيع ملك الغير التي تنص على أنه (...إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية).

ويؤكد الفقه والقضاء الفرنسي هذا الاتجاه، لكون المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، يمكن الأخذ بها حتى في غياب نية الإضرار بالطرف الآخر.

ثانياً: الضرر في مرحلة المفاوضات

يقصد بالضرر، الأذى الذي يصيب المضرور في حق أو مصلحة مشروعته سواء إنصب على حياته أو على جسمه أو ماله أو عواطفه وشعوره، وهو روح المسؤولية وركنها أساسي، فإذا لم يكن ضرر فلا مجال للكلام على المسؤولية، وترجع أهمية الضرر إلى أنه العنصر الأساسي في الحصول على التعويض، ونلاحظ أن مقدار التعويض يتحدد بناء على قدر الضرر الذي لحق بالمدعى، مع الأخذ بعين الاعتبار استفحال الإصابة الجسدية وتحسنها عند تحديد التعويض¹.

ومن عناصر الضرر الإخلال بمصلحة المضرور فلا يشترط إذن أن يشتمل الإخلال بالضرورة على حق للمضرور، أن تكون المصلحة مشروعة، فلا يقوم الضرر إذا كانت المصلحة التي تم المساس بها غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام والآداب لم يرق عنصر الضرر قانوناً، أن يكون الضرر محقق الوقوع، فلا يكون الضرر مستوجب التعويض عنه إلا إذا كان قد وقع فعلاً أو كان احتمال وقوعه في المستقبل أمراً حتمياً².

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 702.

² عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 341.

ثالثاً: العلاقة السببية

تكمن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب الطرف الآخر عند القيام بالتفاوض في التجارة الدولية ذلك أن خطأ المتفاوض هو السبب المباشر في حدوث الضرر، ومن ثم لا يكون المتفاوض مسؤولاً عما ارتكبه من أعمال إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.¹

قد ينشأ عن سبب واحد العديد من الأضرار لذلك يتعين على القاضي في الموضوع أن يبحث عن السبب الحقيقي الذي أدى الى حدوث الضرر كالحالة الأولى، أو أن يحدد الضرر الذي يرتبط بعلاقة سببية مع الفعل غي المشروع وبذلك يقع عبء الإثبات العلاقة السببية على المضرور ويقوم بإثبات ذلك بجميع الوسائل الكافية.²

ويستطيع للمسؤول (المدعى عليه) إثبات عكس هذه القرينة كأن يثبت مثلاً، قد نشأ عن سبب أجنبي أو قوة قاهرة أو خطأ تسبب فيه المضرور، إذا أثبت ذلك صار غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يتفقا المتفاوضان على خلاف ذلك.³

وهذا ما أكدته المادة 127 من القانون المدني الجزائري السالفة لذكر.

المطلب الثاني: آثار المسؤولية المدنية المترتبة على مفاوضات التجارة الدولية

وفقاً لما سبق ذكره عن المسؤولية الملقاة على الأطراف المتفاوضة أثناء مرحلة المفاوضات، نتيجة الإخلال بالتزامات المترتبة عليهم في هذه المرحلة، وتحديد شروط قيامها، وجب البحث في الآثار الناتجة عن عملية التفاوض، وهذا ما سيتم معرفته من خلال التعرف، على آثار كل من المسؤولية العقدية في الفرع الأول، وآثار المسؤولية التقصيرية في الفرع الثاني.

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 704.

² عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 178.

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 705.

الفرع الأول: آثار المسؤولية العقدية

متى أبرم عقد التفاوض صحيحا، يلتزم كل طرف بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض، وفي حالة ما إذا أخل أحد المتفاوضين بالتزامه وألحق ضررا بالطرف الآخر تقوم في حقه المسؤولية العقدية كما سبق شرحه، ولجبر هذا الضرر يفرض على المتفاوض المسؤول تنفيذ التزامه عينا إن أمكن ذلك، أو التزم بالتعويض وفسخ العقد، وهذا ما سيتم شرحه في هذا الفرع.

أولا: التنفيذ العيني:

الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا،¹ فإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه طواعية جاز للدائن أن يجبره بعد إعداره وهذا ما أكدته المادة 164 من القانون المدني الجزائري بقولها: (يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا). وعليه فإن المتفاوض الذي لم يقم بتنفيذ التزامه بالتفاوض طواعية، كأن يرفض الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها بالرغم من توجيه إعدار له، وترتب على ذلك ضرر بالمتفاوض الآخر، فهل يجوز إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه عينيا؟

هناك اجماع فقهي حول استبعاد التنفيذ العيني من مجال المفاوضات في عقود التجارة الدولية، حتى ولو لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا، ولا مرهقا وذلك لسببين اثنين: السبب الأول، لأن تنفيذ الالتزام بالتفاوض تنفيذا عينيا يتطلب تدخل المتفاوض المدين شخصا، الذي رفض بدء المفاوضات أو استمرار فيها، فإذا أجبر على فعل ذلك يعتبر مساس بحريته الشخصية وهذا ما يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد.

السبب الثاني، إن إجبار المتفاوض على بدء المفاوضات أو استمرار فيها غير مجد ذلك أن التفاوض بطبيعته يحتاج الى التعاون والتعامل بين الطرفين اذ يصعب تصور اجراء

¹ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الأشياء) الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص203.

مفاوضات في جو نفسي يسوده التوتر والنزاع. ولا شك في صحة هذه النتيجة، كلما تعلق الأمر بالتفاوض الذي يستهدف إقامة علاقة تعاقدية، غير قائمة بالفعل بين طرفين، ففي هذه الحالة لا يكون للتنفيذ العيني من معنى سوى إقامة العلاقة محل التفاوض، رغما عن إرادة طرفيها، وخروج عن مبدأ الرضائية ومبدأ حرية التعاقد.¹

وطبقا لنظرية العامة للعقود لا يجوز أن تحل إرادة القاضي محل إرادة أي من المتعاقدين لإبرام عقد معين لا زال في مرحلة التفاوض حول شروطه، وهذا ما ورد في نص المادة 1/106 من القانون المدني الجزائري: (العقد شريعة المتعاقدين...) وهذا فيما يتعلق بالتفاوض الذي يهدف لإبرام رابطة تعاقدية غير قائمة بالفعل، وقد يتعلق التفاوض بعلاقة عقدية ناشئة عن عقد بين الطرفين وهنا يثور تساؤل حول إمكانية تدخل القاضي وهذا ما جاء في نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري أنه إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة في هذه الحالة لا يستطيع القاضي أن يتدخل لتكملة العقد بنفسه والحكم بإبرامه إلا إذا تم اتفاق الطرفان على كل المسائل الجوهرية في العقد، وفي هذه الحالة إذا قام أحد الطرفين بالانسحاب من المفاوضات فإن القاضي لا يستطيع أن يكمل هذه المسائل بمعرفته ثم يقضي بانعقاد العقد رغما عن إرادة الطرف المنسحب لأن هذا الاتفاق يعتبر مجرد مشروع عقد غير ملزم لطرفين ولهذا لا يجوز للقاضي أن يحوله الى عقد نهائي ويفرضه على أحد الطرفين جبرا²، ومجمل القول أن التنفيذ العيني مستبعد تماما في مرحلة المفاوضات، فلا يبقى سوى إجبار المدين المسؤول عن تنفيذ التزامه عن طريق التعويض النقدي فقط.

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 760.

² قررت محكمة النقض المصرية بأن مشروع عقد البيع لا يكون ملزما لأي من الطرفين، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر إخباره عن طريق القضاء.

ثانيا: التنفيذ عن طريق التعويض:

كما سبق القول إن التنفيذ العيني مستبعد في مجال تنفيذ الالتزامات التي يترتبها عقد التفاوض، نظرا لطبيعة المفاوضات التي تقوم على مبدأ حرية التعاقد، فلا يبقى امام المتفاوض المضرور إلا التعويض عن طريق التنفيذ، حيث يترتب على إخلال أحد المتفاوضين بالتزامه أن ينشأ للطرف الآخر حقا في الرجوع على الأول، طالبا تعويض على ما أصابه من جراء عدم التنفيذ حيث نصت عليه المادة 176 من القانون المدني الجزائري (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه...).

إذا كان المتفاوضان قد حددا مسبقا في عقد التفاوض، أوفي اتفاق لاحق قيمة التعويض، وهو ما يسمى التعويض الاتفاقي فما على القاضي إلا الحكم بالمبلغ المتفق عليه وهو ما نصت عليه المادة 183 من القانون المدني الجزائري (يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...)

في حالة عدم الاتفاق على قيمة التعويض من قبل الأطراف في عقد التفاوض، فإن القاضي هو الذي يتولى مهمة تقدير التعويض. وهذا ما نصت المادة 182 من القانون المدني الجزائري (إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض الذي ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية...)

ويملك قاضي الموضوع السلطة التقديرية في مسألة التعويض، بشرط أن يبين في حكمه عناصر الضرر الذي قضى بتعويضه.¹ ولا يمكن حصر الأضرار التي المستحقة للتعويض عنها في مرحلة المفاوضات ونذكر أهمها:

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 767

1- نفقات التفاوض:

ومن أهم الأضرار التي تمس بالمفاوض المتضرر هي تلك النفقات التي ينفقها في سبيل التفاوض مثل نفقات الإعداد للعقد والدراسات الفنية وتقارير الخبراء وأتعاب الأشخاص الذين استعان بهم في عملية التفاوض والسفر والإقامة والاتصالات وغيرها، وتعد من الأمور التي تفتضيها عملية المفاوضات فهذه النفقات تعد بمثابة خسارة حقيقية وفعلية للمفاوض المضرور ويتعين أن يتحملها المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات.¹ ويجب أن تكون هذه النفقات تمت بمناسبة التفاوض أو بسببه، ومن ثم لا مجال لاسترداد ما أنفقه المتفاوض قبل بدء التفاوض ولا ما أنفقه بعد علمه بانسحاب المتفاوض الآخر، وأن لا تكون هذه النفقات قد تمت نتيجة سذاجة أو عدم احتراز المتفاوض المضرور، لأنه لا مجال له في تعويضها.

2- التعويض عن الوقت الضائع:

إن ضياع الوقت من الأضرار المتوقعة عادة في مرحلة المفاوضات التي تستحق الجبر²، ويمتثل الوقت الضائع في الساعات أو الشهور أو السنين التي تكون قد استغرقتها المناقشات أو الدراسات.³ ونظرا لعدم وجود العناصر المادية، التي تساهم في تحديد مقدار الضرر المتمثل في ضياع الوقت، فإن القاضي يقوم بتقدير التعويض وفقا لقواعد العدالة، بالقدر اللازم لجبر ما لحق من ضرر وبالتالي يكون التعويض جزافيا.

لقد تعرضت محكمة النقض الفرنسية، لمسألة التعويض عن ضياع الوقت في المفاوضات، في قضية تتلخص وقائعها، في أن زوجان أعلن رغبتهما في قبول إيجاب،

¹ انظر: النقض التجاري الفرنسي المؤرخ في 20 مارس 1972: حيث يتمثل الضرر في هذا الحكم في نفقات السفر والإقامة التي تحملتها الشركة الراغبة في الشراء في سبيل من عاين الآلة محل التفاوض في الولايات المتحدة الأمريكية .

² صليحة بن أحمد، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن النية ، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد العاشر، جانفي 2014.

³ الحكم أشار له محمد حسام لطفي محمود لطفي، ص 92.

تمثل في طرح عقار للبيع، ثم طلبا الزوجان من الموجب، تمديد مدة القبول حتى يتسنى لهما تدبير التمويل اللازم للشراء.

وبعد ثلاثة أشهر من الانتظار، أعلن الزوجان رفضهما للإيجاب نهائيا وعدلا عن التعاقد، دون إبداء أي سبب جدي أو موضوعي، فتمسك الموجب بأن فتمسك الموجب بأن رفض الإيجاب جاء متأخر، وطالب بتعويضه عن ضياع الوقت فرفض قضاة الموضوع طلبه، لعدم وقوع ضرر، يبرر الزام الزوجين بجبره، لكن محكمة النقض الفرنسية، أكدت بأن قضاة الموضوع لم يأخذوا بعين الاعتبار، أن الموجب كان قد اعتقد في التزامه بالبقاء على إيجابه، ولم يتصرف في العقار مدة الانتظار.¹

3- التعويض عن السمعة التجارية:

يعد التعويض عن السمعة التجارية من سياق الضرر الأدبي الذي يتعين جبره، فإن على القاضي أخذه بعين الاعتبار، وعليه فإن قطع المفاوضات من أحد الأطراف المتفاوضة، دون الاستناد في ذلك الى سبب جدي وموضوعي، من شأنه أن ينال من السمعة التجارية للطرف الآخر، حيث تحوم الشكوك حول سلامة مركزه المالي أو قدرته على إدارة العملية التفاوضية، الأمر الذي يؤثر بشكل مباشر على نشاطه التجاري، ويعرضه لخسائر كبيرة يصعب جبرها.²

وتطبيقا لذلك حكمت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1966/01/27، بتعويض المفاوض التاجر الذي تم قطع المفاوضات معه فجأة ودون مبرر، عن الضرر المادي والأدبي، الذي أصابه من جراء إظهاره بمظهر من يسهل خداعه ومن لا يوثق فيه، مما نال من سمعته في السوق.³

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، 771.

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 226.

³ نقض مدني مصري 1966/01/27. المجموعة س. 17. رقم 24.

4-التعويض عن فوات الفرصة:

يعتبر تقويت الفرصة من الأضرار المتوقعة في مرحلة المفاوضات، حيث يؤدي فشل المفاوضات وقطعها الى حرمان المتفاوض المعدول عنه من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب احتمالي ويتمثل هذا الحرمان من إبرام العقد المتفاوض عليه أو في إبرام عقد بديل مع الغير.

رغم اتجاه بعض أحكام القضاء الى استبعاد التعويض عن فقدان فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، ويستند في ذلك الى الطبيعة التمهيدية لعقد التفاوض لإبرام العقد النهائي فاحتمال إتمام هذا الأمر يتساوى مع عدم احتمالها ، غير أن الدخول في التفاوض يتيح لكلا الطرفين فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه وكلما تقدمت المفاوضات كلما أصبحت هذه الفرصة جادة، حيث يكون الأطراف وصلوا إلى نقطة اللارجوع¹، فإذا قام أحد الطرفين بقطع المفاوضات دون أي سبب جدي أو مبرر مشروع فإنه فوت بذلك فرصة حقيقية لإبرام العقد والحصول على أرباحه، ولذا وجب على الطرف المنسحب، دون مبرر مشروع، أن يقوم بتعويض الطرف الآخر، عن فوات هذه الفرصة، دون أن يمتد التعويض الى الأرباح، او المزايا المتوقعة من العقد، وذلك لأنه وإن كانت الإفادة من فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه هي أمر احتمالي وغير مؤكد، إلا أن تقويت الفرصة كلية، بقطع المفاوضات دون سبب مشروع هو ضرر محقق يستوجب التعويض.²

ولذا أقر القضاء الفرنسي على وجوب تعويض التفاوض المتضرر من قطع المفاوضات وحرمانه من فرصة العقد المتفاوض عليه شريطة أن تكون هذه الفرصة حقيقية

¹ بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن النية، المرجع السابق، ص 122.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 782-783

وجادة، أي يجب أن يكون أمل المتفاوض في إبرام العقد مستندا إلى أسباب معقولة مثل تقدم المفاوضات الذي يطمأن قلب المتفاوض الآخر بقرب إبرام العقد.¹

5- التعويض عن عدم تنفيذ عقود أخرى:

مما جرت العادة عليه في المعاملات التجارية الدولية أن يقوم أحد المتفاوضين أثناء سير المفاوضات بإبرام عدة عقود التي تعين على تنفيذ العقد النهائي المراد إبرامه، كأن يبرم عقد قرض لتمويل المشروع المتفاوض عليه، أو يبرم عقد تأمين عليه، أو يبرم عقد نقل من أجل تمويل المشروع محل التفاوض، وعليه فإن قطع المفاوضات دون مبرر مشروع سيؤدي حتما إلى عدم تنفيذ هذه العقود المساعدة أو المكملة للعقد الأصلي.

وهنا يثور التساؤل حول إمكانية طلب المتفاوض المضرور بالتعويض قيمة ما يستحق عليه، لعدم تنفيذه لما تعهد به لصالح هذا الغير.

فالرأي الراجح فقها ينبغي تفريق بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون فيها المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات عالما بهذه العقود والتعهدات التي التزم بها المتفاوض المضرور ولم يعترض عليها، بل هو الذي حث ودفع المتفاوض المضرور إلى إبرامها، حيث تكون لهذا الأخير اعتقاد راسخ بأن العقد النهائي سيبرم لا محالة. ففي هذه الحالة تقضي أن العدل والمنطق يقضيان بأن يكون هذا المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات، ملتزما بدفع المستحقة على المتفاوض المضرور تجاه الغير.

أما الحالة الثانية: يكون فيها المتفاوض المسؤول عن قطع المفاوضات، لا يعلم بوجود مثل هذه العقود والتعهدات، أو كان عالما بها غير أنه اعترض على إبرامها، ففي هذه الحالة

¹ بن أحمد صليحة، آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن النية، المرجع السابق، ص 123.

يقتضي المنطق والعدالة بالألا تقوم مسؤولية هذا المتفاوض عن التعويضات المستحقة على المتفاوض قبل الغير، من جراء عدم تنفيذ هذه العقود والتعهدات¹.

ومجمل القول إن المتفاوض الحريص على مصالحه لا يبرم أي عقد مع الغير، إلا بعد إبرام العقد النهائي المتفاوض عليه، فإذا أبرم هذه العقود فعليه بالرغم من اعتراض المتفاوض الآخر، فقد ارتكب خطأ، وفعليه تحمل مسؤولية خطئه. أما إذا أبرم عقدا بغير علم المتفاوض الآخر، فهو أمر غير متوقع، وطبقا لقواعد المسؤولية العقدية التي تشترط في الضرر، أن يكون مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وهوما نصت عليه المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري (غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما، إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد).

وفي حالة ما إذا أراد المتفاوض أن يبرهن على جديته في التفاوض بإبرام هذه العقود، يستطيع أن يحتاط لنفسه ويضمن هذه العقود على شرط واقف وهو إبرام العقد الأصلي المتفاوض عليه².

ثالثا: فسخ عقد التفاوض:

1-تعريف الفسخ:

عقد التفاوض هو عقد ملزم للجانبين، ويرتب التزامات متقابلة لكلا طرفيه، فإذا أخل أحد المتفاوضين بأحد التزاماته جاز للمتفاوض الآخر طلب فسخ العقد، وعليه فإن الفسخ يعتبر بمثابة جزاء على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته وهو حل الرابطة العقدية.

طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني: (في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك).

¹ بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 235.

² علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 795.

يتضح من نص المادة بأن طلب الفسخ، حق مقرر لكل متعاقد عند تقاعد المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه وهو حق ثابت ومقرر في كل العقود الملزمة لجانبين، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق، إلا بإتفاق صريح بين الطرفين.

2- شروط الفسخ:

ويجب لإمكان طلب الفسخ أن يتخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه، إذ لم يتم بالتنفيذ المطلوب منه كلياً أو جزئياً أو تنفيذه بطريقة معيبة غير مطابقة لما أتفق عليه. ويجب على المتعاقد طالب الفسخ (المتفاوض) إعدار المدين (المتفاوض الآخر) قبل طلب فسخ العقد

ويشترط في المتعاقد طالب الفسخ أن يكون قد نفذ التزامه أو مستعداً لتنفيذه، أما إن كان هذا المتعاقد لم ينفذ التزامه، وغير مستعد لتنفيذه، فإنه يعد مقصراً، ولا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إستناداً إلى عدم تنفيذ المتعاقد معه لإلتزاماته.¹

3- صور الفسخ: يتم فسخ عقد التفاوض، إما بموجب حكم وهو الأصل، وإما أن يكون بإتفاق الأطراف، أو بوضعه شرطاً في العقد الأصلي، وسيتم شرحه كالاتي:

أ- الفسخ القضائي: الأصل في الفسخ يقرر بمقتضى حكم القاضي، فبمجرد توفر شروط السابقة يستطيع أن يحكم بفسخ عقد التفاوض، والحكم بالفسخ أمر جوازي للقاضي، فهو يتمتع بسلطة تقديرية واسعة، وله أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه إذا اقتضت الضرورة ذلك. كما لو كان المدين حسن النية ويرجع تخلفه عن التنفيذ لظروف استثنائية عابرة تستوجب إمهاله بعض الوقت لتنفيذ إلتزامه. وتقدير الظروف التي تستدعي منح المدين أجلاً مسألة موضوعية تدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، فلا يجوز الحكم بفسخ إذا قام المدين بتنفيذ التزامه ضمن أجل الممنوح له²، للقاضي أن يرفض الحكم بالفسخ إذا كان ما

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 405

² بوطبالة معمر، المرجع السابق ص 242.

لم يف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته. وللقاضي أن يحدد مدى جسامته الإخلال الجزئي بالالتزام على ضوء ذلك يحكم بالفسخ أو يكتفي بالتعويض.

وهذا ما جاء به نص المادة 2/119 من قانون المدني الجزائري (ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات).

ب-الفسخ الاتفاقي:

يجوز الاتفاق على الفسخ عقد التفاوض بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه يطلق عليه شرط الصريح الفاسخ، إذا ورد هذا الشرط في العقد، لا يعفي من لزوم إعدار المدين لتنفيذ التزامه، ولا يقع الفسخ تلقائيا، إذا لم يتم إعدار المدين¹.

وهذا ما نصت عليه المادة 120 من القانون المدني (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة الى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعفى من الاعذار...).

وينبغي الإشارة الى أنه عندما يتقرر فسخ عقد التفاوض، سواء عن طريق حكم قضائي، أو بالاتفاق بين الطرفين المتفاوضين، فإن الفسخ يؤدي الى زوال عقد التفاوض بأثر رجعي، ولا يقتصر أثره على المستقبل، وإنما يعود الى تاريخ إبرام العقد، ويعتبر العقد كأن لم يكن، ويترتب عن ذلك إزالة كل أثر ترتب عليه ومن تم إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، ويستلزم ذلك أن يقوم كل متفاوض برد ما أخذه المتفاوض الآخر من وثائق ومستندات وخرائط وتصميمات، وكل ما تم تقديمه من أجل القيام بعملية التفاوض، بهدف إبرام العقد النهائي فإن كان ذلك مستحيلا²، حكم القاضي بالتعويض، وهذا ما نصت عليه المادة 122 من قانون المدني الجزائري (على أنه إذا فسخ العقد، أعيد

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 413.

² بوطبالة معمر، المرجع السابق، ص 244.

المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإن استحالة ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض).

ج- حالة فسخ عقد التفاوض عندما يكون شرط الفسخ في عقد الأصلي:

لقد أثارت هذه المسألة، أمام محكمة استئناف باريس، يتضح من هذا الحكم، أن فسخ عقد التفاوض، عندما يكون شرطاً في عقد أصلي، لا يؤدي الى فسخ العقد الأصلي، بل يبقى هذا الأخير قائماً وصحيحاً، ويفسخ اتفاق التفاوض وحده، طالما أن هذا الأخير، لا ينصب على عنصر جوهري للعقد الأصلي.

أما إذا كان التفاوض متعلقاً، بمسألة جوهرية يتوقف عليها مصير العقد الأصلي في المستقبل، كما هو الحال في شرط إعادة التفاوض لمواجهة صعوبات تنفيذ العقد، فإن فسخ إتفاق التفاوض، يؤدي حتماً الى فسخ العقد الأصلي أيضاً، ذلك أن الاتفاق على التفاوض، يهدف في هذه الحالة الى إنقاذ العقد، ومن ثم فإن مصير هذا الأخير، يكون متوقفاً على نجاح التفاوض بشأنه.¹

ومن أبرز الأمثلة التي يسوقها الفقه في هذا المجال، أن يتفق الطرفان، في عقد التفاوض على فسخ العقد الأصلي كأن يبرم عقد لمدة خمسة سنوات، ويتضمن هذا العقد شرطاً يقضي بما يلي (يتعهد الطرفان بالتفاوض في بداية كل عام لتعديل الثمن وفقاً للمتغيرات الاقتصادية الجديدة، فإذا لم يتوصلا الى اتفاق في هذا الشأن في ظرف ثلاثين يوماً، اعتبر هذا العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه).²

الفرع الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية

الجدير بالذكر أن المفاوضات في العقود التجارية الدولية كمبدأ عام تتم في إطار حر وبشكل تلقائي دون حاجة الأطراف المتفاوضة الى أي إطار عقدي وبالتالي إذا ألحق أحد المتفاوضين الضرر بالآخر فلا يمكن تطبيق المسؤولية العقدية وذلك لغياب العقد، فإن

¹ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 801.

² حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 452.

المسؤولية الملقاة على عاتقهما هي المسؤولية التقصيرية، فإذا قامت المسؤولية التقصيرية، إلترم المتفاوض بتعويض الطرف الآخر المضرور، عما أصابه من ضرر من جراء خطئه وهذا ما جاء به نص المادة 124 من قانون المدني الجزائري (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض).¹

يكون التعويض عن الضرر المباشر كله سواء كان ذلك الضرر حالا أو مستقبلا، وسواء كان متوقعا أو غير متوقع، ما دام محققا. والضرر المباشر، كما يتضح من نص المادة 182 من قانون المدني الجزائري (...ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به...).

ويشمل عنصرين هما، الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاته. مع العلم أن المتفاوض ليس له أن يشترط أثناء المفاوضات إعفائه من المسؤولية التقصيرية التي يمكن أن تقوم بمناسبة فشل المفاوضات لكون هذا الشرط يقع باطلا ولا يعتد به، وذلك تطبيقا لأحكام نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري (...ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي)²، ويرجع السبب في ذلك الى أن المسؤولية التقصيرية تعتبر من نظام العام.

فإذا قام الالتزام التقصيري، فإن الجزء القابل للتنفيذ في حالة المسؤولية التقصيرية، هو الحكم بالتعويض للطرف المضرور، وقد سبق لنا ذكر وشرح كيفية التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل، أو عن طريق التعويض، ولا داعي لتكرار ما تم شرحه.³

¹ المادة 123 من قانون المدني المصري.

² يقابلها المادة 221 من قانون المدني المصري .

³ علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص 708، 709.

خلاصة الفصل الثاني:

تطرقنا في هذا الفصل الإلتزام بحسن النية كأهم التزام في مرحلة المفاوضات، وما يتفرع عنه من التزامات أخرى لا تقل أهمية عنه، فهي مكملة له، حيث يؤدي الإخلال بأحد هذه الإلتزامات إلى ترتب مسؤولية مدنية اختلف الآراء حول تحديد نوعها بين العقدية أو التقصيرية حيث ارتبط ذلك بوجود عقد التفاوض من عدمه، وكذا بيان شروط قيام هذه المسؤولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، والتي لا تختلف فيه عن القواعد العامة، من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، فإنها محققة لآثارها وواجب فيها الجزاء.



المختصة



الخاتمة:

من خلال بحثنا المعنون ب "مفاوضات في عقود التجارة الدولية" نستخلص أن للمفاوضات أهمية كبيرة في عقود التجارة الدولية والتي تعد اتفاق تمهيدي ومرحلة سابقة في إنشاء العقد فان دراستنا لهذا الموضوع رتب عدة نتائج أهمها:

- قصور القواعد التقليدية المنظمة للعقود، وعدم استعابها للتطور حاصل في مجال المفاوضات، مما يستلزم سن قواعد خاصة تنظم العملية التفاوضية.
- الدراسات الفقهية والقانونية لموضوع المفاوضات في العقد التجاري الدولي ضئيلة جدا بالرغم من أهميتها.
- أن المفاوضات جاءت تمهيدا للتعاقد تحقيقا للمصلحة المتبادلة للأطراف في إتمام العقد والتوصل لأفضل الحلول والنتائج.
- محل التفاوض هو الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها بحسن النية بهدف إبرام العقد النهائي.
- أن المفاوضات هي المنفذ الوحيد الممكن استخدامه لضبط العقد التجاري محل التفاوض تقاديا للخلاف وضياع للوقت.
- أن الأهمية البالغة لمرحلة المفاوضات تلخص شروط إبرام العقد النهائي كحماية وقائية للأطراف من وقوع خلاف مستقبلا من خلال المسائل الجوهرية والتقنية يلجا لها المتفاوضون كتنفسير كلما ظهر غموض في تأويل بنود العقد.
- إن المفاوضات تقلل إلى حد كبير ما يمكن أن تتطوي عليه بعض العقود الكبيرة والمعقدة من مخاطر.
- من أهم الأساسيات التي تقع على المتفاوض، هي مجموعة من الالتزامات، والتي تتمثل في التزام جوهرى التزام حسن النية في التفاوض، وتتفرع عنه مجموعة من الالتزامات.
- شهد الفقه انقساماً واضحاً في تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية، بين من ينظر إليها بأنها مسؤولية عقدية، وآخر يرى بأنها مسؤولية تقصيرية.



• عدم إمكانية اللجوء لتنفيذ العيني في مجال التفاوض على العقد، لما فيه من مساس بحرية الشخصية للمفاوض، في حين يظل التنفيذ بالتعويض هو الجزاء الملائم.

وعليه مما سبق عرضه من نتائج نتوصل إلى عرض اقتراحين وهما:

1- ضرورة سن مجموعة من التقنيات تعالج المفاوضات لما لها من أهمية كبيرة في إبرام العقد التجاري الدولي نظرا لكثرة العقود التجارية المركبة والمعقدة وعلاقتها بأكثر من نظام قانوني في ظل عصرنا الحالي.

2- ضرورة فتح مراكز خاصة تعنى بإقامة دورات لتدريس فن التفاوض وتقنياته والبحث في تسيير عملية التفاوض في المجالات التجارية الدولية لاكتساب مهارات وخبرات في الميدان للوصول الى إبرام عقد متوازن ، لتفادي اشكالات التي ستواجه العقد في المستقبل.

-إن الحرص على حسن اختيار الأطراف المتفاوضين قبل إبرام العقد يؤدي إلى نجاح عملية التفاوض مما يعزز تكافؤ المراكز الاقتصادية ويرسم أفق اقتصادية وتجارية طويلة المدى في إعادة إبرام عقود كثيرة ومتعددة وهذا ما يحقق النهوض الاقتصادي لأطراف الدول النامية.



قائمة

المصادر والبرامج



قائمة المصادر والمراجع:

❖ النصوص القانونية :

• الاتفاقيات الدولية:

(1) اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن لعقد البيع الدولي

(2) مبادئ عقود التجارة الدولية لتوحيد القانون الخاص بروما عام 1994

• النصوص الداخلية :

(1) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ: 1975/12/26 المتضمن

القانون المدي ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

(2) القانون رقم 01/ 02 المؤرخ في 2002/02/5 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة

الأنابيب.

❖ المراجع باللغة العربية:

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية،

القاهرة، 2002 .

(2) أبو الفصل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار

صابر، بيروت، لبنان 1997.

(3) أحمد عبد القادر، دكتور إبراهيم أحمد، إدارة المفاوضات والنزاعات الدولية، دار الكتب

المصرية، دار النشر الجامعي، الإسكندرية سنة 2016.

(4) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ومفاوضات العقود الدولية، الطبعة

الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2001 .

(5) أم كلثوم صبح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد "ماهيتها وأحكامها" دراسة مقارنة بين

الواقع العملي والفراغ التشريعي، كلية القانون، جامعة المستنصرية، دون سنة النشر .

(6) ام كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد، ماهيتها وأحكامها، دراسة مقارنة بين

الواقع العملي والفراغ التشريعي، كلية القانون، الجامعة المستنصرية .



- (7) الامام اللغوي مجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم بن عمر الشيرازي الفيروز ابادي، **القاموس المحيط**، دار الحديث القاهرة، مؤسسة الرسالة اللغة العربية عدد الصفحات 1500.
- (8) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، الجزائر.
- (9) بيتر فلمنيج، **المفاوضات التجارية الدولية**، ط 1، دار العربية للعلوم.
- (10) حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1995.
- (11) حواش جمال، **التفاوض في الأزمات والمواقف الطارئة**، طبعة أولى، باتراك للطباعة والنشر، سنة 2005.
- (12) خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني**، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.
- (13) خالص صافي صالح، **ماهية المفاوضات التجارية**، الطباعة العصرية برج الكيفان الجزائر، مارس 2012 .
- (14) خليل احمد حسن قدارة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، الجزء الرابع - عقد البيع - طبعة 2001، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.
- (15) سي يوسف زاهية حورية، **الوجيز في عقد البيع**، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع 2008، تيزي وزو الجزائر.
- (16) شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عمان، 2008.
- (17) طالب حسن موسى، **قانون التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة الأردن، 2001.
- (18) عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانوني المصري «دراسة مقارنة»، مصر، 1997.



- (19) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة، الجزء الأول مصادر الالتزام باعتناء الدكتور محمد الألفي، مطبوعات جامعة الكويت، 1983 .
- (20) عبد الخالق صالح عبد الله معزب، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية في التجارة الدولية، دراسة قانونية وفقا لاتفاقيات الدولية المتعلقة بالقانون التجاري الدولي، المركز الديمقراطي العربي، الطبعة الأولى، 2019.
- (21) عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة 3، منشورات بغدادي، الجزائر، 2011.
- (22) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، نسخة مستخرجة Mr -Gado - copyrights 2007-2008.
- (23) عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية، الطبعة الأولى، دار النشر، القاهرة، مصر، 2005 .
- (24) عبد القادر عرعاري ، مصادر الالتزامات(المسؤولية المدنية)، دار الأمان، الطبعة الثالثة، الرباط، 2011.
- (25) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
- (26) عدنان السرحان، نوري خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية والالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الخامسة، 2012، ص354.
- (27) علي أحمد صالح، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر سنة 2012 .
- (28) علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير-المسؤولية عن فعل الأشياء) الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.



- (29) عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر -2007 .
- (30) لحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة سنة 2005.
- (31) لطفي محمد حسام محمود، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1 سنة 1995 .
- (32) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، دون طبعة وتاريخ جزء 6 .
- (33) محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد المكيمة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الإسكندرية، مصر.
- (34) محمد حسين منصور، العقود الدولية، ماهية العقد الدولي وأنواعه وتطبيقاته ومفاوضات العقود وإبرامه ومضمونه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
- (35) محمد علي جواد، العقود الدولية، مفاوضاتها، إبرامها، تنفيذها، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2010 .
- (36) محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2008، .
- (37) محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006 .
- (38) نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، ط1، 1982.



❖ المجلات والدوريات:

- (39) هاني صلاح نسر الدين، **المفاوضات في عقود التجارة الدولية**، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية عدد 4، سنة 1996 .
- (40) هاني عبد العاطي عبد المعطي الغيثاوي، **المفاوضات وأثرها على التوازن العقدي (دراسة مقارنة)**، مجلة، العدد الرابع والثلاثون، الجزء الثالث، جامعة بنها، مصر .
- (41) مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 4، السنة 6 .
- (42) قدة حبيبة، **التعويض عن المسؤولية في التجارة الدولية**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد التاسع، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2018.
- (43) صليحة بن أحمد، **آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن النية**، مجلة دفاتر السياسية والقانون، العدد العاشر، جانفي 2014.
- (44) حمدي محمود بارود، **نحو إرساء تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد -الطبيعة العقدية وآثارها دراسة تأصيلية**، مجلة جامعة الأزهر، المجلد 12، العدد الأول، 2010.
- (45) بارود حمدي محمود 2010، **تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية وآثارها**، بحث منشور في مجلة جامعة الأزهر، غزة، السنة العشرون، العدد الثالث .
- (46) أيمن أبو العيال، **العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)**، الموسوعة العربية القانونية المتخصصة، المجلد السادس، دون سنة النشر .
- (47) أميمة الدهان، **ادارة المفاوضات وتنمية مهاراتها في المنظمة**، دراسات الجامعة الأردنية عمان، العدد 3، 1986.
- (48) أحمد محمود حسين البدو، محمد صديق محمد عبد الله، **أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات**، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد 49، العراق، 2016.
- (49) أحمد السيد البهي الشوبري، **التفاوض التعاقدي، اطاره القانوني وأثره في الالتزام**، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019، ص119



50) أحمد بن فهد بن حمين، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، المجلد 1، العدد 38، دار المنظومة، 2017.

❖ الرسائل الجامعية

51) مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية لتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2014. مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط 2013-2014.

52) كايلي ريمة، التفاوض في عملية البيعية، دراسة حالة شركة ذات المسؤولية المحدودة للخدمات العامة والتجارية، مذكرة نيل شهادة الماجستير، جامعة أحمد بوقرة بومرداس 2014.

53) ميرفت ربيع عبد العال، عقد المشورة في مجال نظم المعلومات، رسالة دكتوراه.

54) حمودي ناصر، التفاوض في العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة نيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو سنة 2002 .

55) حسن بن هندي بن محمد الهندي العماري، حسن النية وأثره في العقوبة التعزيرية، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء، السعودية، 1427هـ.

56) بوطبالة معمر، الاطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية - كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة، 2017.

57) بن أحمد صليحة، المسؤولية المدنية في حالة قطع المفاوضات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2006.

58) بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة العربي بن المهدي، أم البواقي، 2013 .



❖ المراجع الأجنبية :

59) Marius psfrescu the commercial négociation forme Word valhia university of Targoviste Romania

❖ المواقع الالكترونية:

(60) أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني المفاوضات عقود التجارة الدولية،
اطلع عليه في <https://mousalawyer.ahlmontada.com/t1647-topic>
2020/05/12 الساعة 22:25.

(61) مركز أردادوس للتحكيم - التفاوض في العقود الدولية، بسام أحمد مدرس بجامعة
تشرين <http://www.aradous-aca.com/blog/article/288> اطلع عليه في
2020/05/27 على الساعة 23:10.



فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكر وعران

مقدمة: 4-1

الفصل الأول : ماهية المفاوضات في عقود التجارة الدولية

المبحث الأول: مفهوم المفاوضات 6.....

المطلب الأول: تعريف المفاوضات 7.....

الفرع الأول: المقصود بالتفاوض في عقود التجارة الدولية. 7.....

أولاً: المعنى اللغوي للتفاوض 7.....

ثانياً : المعنى الاصطلاحي للتفاوض 8.....

ثالثاً : المعنى الفقهي للتفاوض. 10.....

رابعاً: المعنى القضائي للتفاوض..... 11

الفرع الثاني : خصائص التفاوض. 12.....

أولاً: التفاوض عقد رضائي غير مسمى : 12.....

ثانياً: التفاوض عقد تمهيدي: 12.....

ثالثاً: التفاوض عقد مؤقت: 13.....

رابعاً: التفاوض عقد يغلب عليه طابع عدم اليقين: 13.....

خامساً: التفاوض يرتب التزامات خاصة : 14.....

سادساً التفاوض ليس وعدا بالتعاقد : 15.....

المطلب الثاني: أركان وشروط صحة التفاوض..... 16

الفرع الأول: أركان عقد التفاوض..... 17

أولاً : التراضي . 17.....

ثانياً : المحل 18.....

ثالثاً : السبب 20.....

الفرع الثاني: شروط صحة عقد التفاوض. 21.....

أولاً : الأهلية. 21.....

22	ثانيا: خلو الإرادة من عيوب الرضا.
24	المبحث الثاني : الأهمية القانونية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية.
25	المطلب الأول: أهمية المفاوضات.
27	الفرع الأول: المفاوضات تمنع الادعاء بالإذعان .
29	الفرع الثاني: المفاوضات وسيلة لتفسير العقد.
31	المطلب الثاني : تمييز المفاوضات عن النظم المشابهة لها.
31	الفرع الأول: تمييز المفاوضات عن المشاورة.
33	الفرع الثاني: تمييز المفاوضات عن المساومة.
35	الفرع الثالث: تمييز المفاوضات عن الوساطة.
38	خلاصة الفصل الأول
الفصل الثاني: آثار المفاوضات والمسؤولية المترتبة عنها	
40	المبحث الأول: التزامات الأطراف وطبيعة مسؤوليتها في المراحل التفاوضية
40	المطلب الأول: التزام بحسن النية.
41	الفرع الأول: مفهومه
43	أولا: المعيار الذاتي لحسن النية:
43	ثانيا: المعيار الموضوعي لحسن النية:
45	الفرع الثاني: الالتزامات المتفرعة عن التزام بحسن النية:
45	أولا: الالتزام بالتعاون:
46	ثانيا: الالتزام بالإعلام:
47	ثالثا: الالتزام بحظر المفاوضات الموازية.
48	رابعا: التزام المحافظة على السرية.
51	المطلب الثاني: طبيعة القانونية للمسؤولية في المفاوضات التجارية الدولية
52	الفرع الأول: المفاوضات غير المصحوبة بعقد تقاوض
55	الفرع الثاني: المفاوضات المصحوبة بعقد التقاوض
56	المبحث الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة عن المفاوضات.
57	المطلب الأول: شروط المسؤولية المدنية.
57	الفرع الأول: شروط قيام المسؤولية العقدية

57	أولاً: الخطأ العقدي.....
59	1- صور الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات:.....
61	ثانياً: الضرر في العقد.....
62	ثالثاً: العلاقة السببية.....
63	الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية التقصيرية.....
63	أولاً: الخطأ التقصيري.....
65	ثانياً: الضرر في مرحلة المفاوضات.....
65	ثالثاً: العلاقة السببية.....
66	المطلب الثاني: آثار المسؤولية المدنية المترتبة على مفاوضات التجارة الدولية.....
66	الفرع الأول: آثار المسؤولية العقدية.....
67	أولاً: التنفيذ العيني:.....
69	ثانياً: التنفيذ عن طريق التعويض:.....
74	ثالثاً: فسخ عقد التفاوض:.....
77	الفرع الثاني: آثار المسؤولية التقصيرية.....
79	خلاصة الفصل الثاني
81	خاتمة:.....
84	قائمة المصادر والمراجع.....

ملخص

المخلص:

يعتبر المفاوضات مرحلة ممهدة لابرار العقد النهائي ، ومفادها التحضير الجيد لابرار العقد ومناقشة كل مسائله، وتفسير كل مافيه من غموض وتعقيد وذلك بتحقيق مصلحة الأطراف المتعاقدة حيث ترتب هذه المرحلة التزامات على عاتق الأطراف ، مما يقيم على مخالف أحد هذه الالتزامات مسؤولية تتراوح بين تقصيرية وعقدية، واجب فيها الجزاء .

الكلمات المفتاحية: العقد التجاري، الالتزام بحسن النية ، المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية

Abstract

Negotiations are considered a paved stage for concluding the final contract, and the meaning of which is good preparation for concluding the contract and discussing all its issues and changing all its ambiguities and complexity in order to achieve the interest of the contracting parties, as this stage entails obligations of the parties, which is responsible for violating one of these obligations. Ranging from negligence and contractual obligations, and the penalty is due.

Key words: commercial contract, good faith commitment, contract liability, tort liability.